الطبعة الوحيدة الكاملة من:



دعاء مستجاب:

أسأل الله الكريم اتمامه على أحسن الوجوه وأكملها وأتمها وأعجلها، وأنفعها في الآخرة والدنيا، وأكثرها انتفاعا به وأعمها فائدة لجميع المسلمين ..

[الشيخ محيى الدين النووى فى المقدمة ج ١ ص ١٠٣]

الجزء الخامس عشر

وهو الجزء الثالث من تكملة هذا الشرح

بقلم
محمد نجيب المطيعي
رئيس قسم السنة وعلوم الحديث
بجامعة أم درمان الاسلامية

مكتبة الإرشاد
جدة - المملكة العربية السعودية

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الوديعـــة

الشرح يقال : ودعته أدعه ودعا تركته ، وأصل المضارع الكسر ومن ثم حذفت الواو ثم فتح لمكان حرف الحلق . قال بعض المتقدمين : وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضى يدع ومصدره واسم الفاعل ، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبى عبلة ويزيد النحوى « ما ودعك ربك » بالتخفيف ، وفى الحديث « لينتهين قوم عن ودعهم الجمعات » . أى تركهم ، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب ونقلت من طريق القراء ، فكيف يكون إماتة ، وقد جاء الماضى فى بعض الأشعار ، وما هـذه سبيله فيجوز القـول بقلة الاستعمال ، ولا يجوز القول بالإماتة ، ووادعته موادعة صالحته ، والاسم الوداع بالكسر . وودعته توديعاً والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاماً وهو أن تشيعه عند سفره ، والوديعة فعيلة ، بمعنى مفعولة ، واودعت زيداً مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهى الراحة ، أو أخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد لكن الفعل فى الدفع أشهر واستودعته مالا دفعته له يحفظه وديعة وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعة وهى الراحة وخفض العيش والهاء عوض عن الواو .

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب

فقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته » وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » .

أما السنة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذى من حديث أبى هريرة (رضى الله عنه) وقال : حديث حسن . وأخرجه الحاكم وصححه ، وفى إسناده طلق بن غنام عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبى التياح عن أنس ، وفى إسناده أيوب بن سويد وهو مختلف فيه ، وقد تفرد به كما قال الطبرانى . وقد استنكر أبو حاتم وقد روى هذا الحديث أيضاً البيهقى ومالك .

وفى هذا الباب عن أبى بن كعب عند ابن الجوزى فى العلل المتناهية ، وفى إسناده من لا يعرف ، وأخرجه أيضاً الدارقطنى . وعن أبى أمامة عند البيهقى والطبرانى بسند ضعيف . وعن أنس عند الدارقطنى والطبرانى والبيهقى وأبى نعيم . وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبى داود والبيهقى ، وفى إسناده مجهول آخر غير الصحابى ، لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقى .

قال الشافعى رضى الله عنه : هذا الحديث ليس بثابت ، وقال أحمد : هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح . وقال ابن الجوزى : لا يصح من جميع طرقه ، ولا يخفى أن ورود هذا الحديث بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها ، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضاً للاحتجاج به .

وقوله « ولا تخن من خانك » فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله ، فيكون مخصصاً للعموم فى قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشوكانى رحمه الله تعالى : إن الأدلة القاضية بتحريم مال الآدمى ودمه وعرضه عموما مخصص بهذه الآيات الثلاث ، والحديث مخصص لهذه الآيات ، فيحرم من مال الآدمى وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة ولكن الخيانة إنما تكون فى الأمانة كما يشعر بذلك

كلام صاحب القاموس ا هـ على أن الأحاديث التى يثبت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتى كثير منها فى فصول هذا الباب إن شاء الله .

وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع والضرورة تقتضيها وبالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم ، واشتقاق الوديعة من السكون يقال : ودع وديعة فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، أو هى مشتقة من الخفض والدعة فكأنها فى دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى «(وتعاونوا على البر والتقوى)» ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : : «(من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله تعالى فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه)» . فان لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف ان لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها ، لأن حرمة المال كحرمة النفس ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «(حرمة مال المؤمن كحرمة دمه)» ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه ، فكذلك اذا خاف على ماله ، وان كان عاجزاً عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها ، لأنه يغرر ويعرضها للهلاك ، فلم يجز له أخذها) .

الشرح حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم عن ابن عمر ، وروى بعضه ابن ماجه وإسناده صحيح ورواه الترمذى بلفظ « المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله ، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه ، التقوى ههنا ، بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم » قال الترمذى : حديث حسن .

أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فقد رواه أبو نعيم فى الحلية . قال فى الجامع الصغير : وهو غريب ضعيف ، وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها ما جاء فى خطبة الوداع « إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم

وأعراضكم كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » واقتران المال والدم والعرض فى حرمتها وتشبيه الحرمة بحرمة مكة فى يوم الوقوف من شهر ذى الحجة يدل على صحة التساوى بين المال والدماء .

اما أحكام الفصل فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب إليها. واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب. وأن قبول حفظها أمانة محضة، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا إذا تعدى ، وأن القول قوله فى تلفها وردها على الإطلاق مع يمينه على تفصيل سيأتى كما سيأتى ما اختلفوا فيه .
أما إذا خاف على الوديعة التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضا للغارة ، أو كان له غرماء ولا يأمن أن يستولوا عليها وفاء لحقهم ، أو كان لا يأمن أن تحدثه نفسه بالخيانة فيها ، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها ، ولا يجوز له قبولها ، حتى لا يغرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها .

فــرع حكى الدردير المالكى عن ابن عرفة فى حكم الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة وقد يعرض وجوبها لخائف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر حفظها وحرمتها كمودع شىء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها ليردها إلى ربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة ولذا ذكر عياض فى مداركه عن بعض الشيوخ : أن من قبل الوديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء ثم قال : وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه ، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح الايداع الا من جائز التصرف فى المال ، فان اودعه صبى او سفيه لم يقبل لأنه تصرف فى المال ، فلم يصح من الصبى والسفيه كالبيع ، فان اخذها منه ضمنها ، لأنه أخذ ماله من غير اذن فضمنه كما لو غصبه ، ولا يبرأ من الضمان الا بالتسليم الى الناظر فى ماله ، كما نقول فيما غصبه من ماله ، وان خاف المودع أنه ان لم ياخذ منه استهلكه فاخذه ففيه وجهان ، بناء على القولين فى المحرم اذا خلص طائراً من جارحة وامسكه

ليحفظه (أحدهما) : لا يضمن ، لأنه قصد حفظه (والثانى) : يضمن ؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان) .

الشرح الأحكام : يشتمل هذا الفصل على أمور :

(أولها) لا يجوز لأحد أن يقبل الوديعة إلا من جائز التصرف ، وكما عرفنا من قبل أنه العاقل البالغ .

(ثانيها) إذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت يده من يد أمينة إلى يد ضامنة كالغاصب .

(ثالثها) إذا أراد أن يبرىء ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها إلى الناظر فى مال الصبى أو المحجور عليه .

(رابعها) إذا خشى على مال الصبى أو السفيه التلف أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه فى غير ما يصلح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظاً من الضياع ، كالمحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه .

(خامساً) إذا قبله على هذا النحو فى الأمر الرابع هل عليه ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يضمن لأن أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانته . (والثانى) وجب عليه الضمان . لأنه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جائز التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا فى الأمر الثانى ولا يزول عنه الضمان بردها إليه . وإنما يدفعها إلى وليه الناظر له فى ماله أو الحاكم .

فــرع فى مذهب مالك : من استحفظ ولده أو زوجته غيره فلا يسمى وديعة عرفاً هكذا هو فى الشرح الصغير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح الا عند جائز التصرف ، فان أودع صبياً او سفيها لم يصح الايداع لأن القصد من الايداع الحفظ ، والصبى والسفيه ليسا من اهل الحفظ ، فان أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن ، لانه لا يلزمه

حفظه فلا يضمنه ، كما لو تركه عند بالغ من غير ايداع فتلف ، وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان : (أحدهما) : يضمن لأنه لم يسلطه على اتلافه فضمنه بالاتلاف ، كما لو أدخله داره فأتلف ماله . (والثانى) لا يضمن ، لأنه مكنه من اتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئاً وسلمه اليه فأتلفه) .

الشرح الأحكام . كما لا يجوز للعاقل المكلف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبى والسفيه حسبما أسلفنا من البيان،فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبى أو سفيه أو مجنون لأن الإيداع مقصود للحفظ ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ وهم مفتقرون إلى من يحفظ لهم مالهم ، فلا يحفظون مال غيرهم.

فإذا أودع رجل عند صبى أو معتوه وديعة فتلفت فى يده لم يضمنها ، سواء حفظها أو فرط فيها ، فإن أتلفها أو أكلها أو استهلكها ضمنها فى ظاهر المذهب ، وبه قال القاضى من الحنابلة والخرقى وابن قدامة ، وذهب بعض الحنابلة ، وهو قول أبى حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه ، لأن ربها سلطه على إتلافها بدفعها إليه ، فلا يلزمه ضمانها ، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ، ولا يصح قولهم : إنه سلطه على اتلافها لأنه استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ، ودفع الوديعة بخلاف ذلك .

فـــرع إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلف لا ضمان عليه ، كما لو أودعه ، ويفارق الإيداع من حيث التفريط ، فلو فرط فيه لم يضمنه فى ظاهر المذهب بخلاف المودع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الايجاب بالقـــول ، والقبول بالفعل ، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والاغمـاء والموت ، كما تنفسخ الوكالة ، لأنه وكالة فى الحفظ ، فكان كالوكالة فى العقـد والفسخ) .

الشرح الأحكام : وتتبع الوديعة الوكالة فى جوازها وانعقادها وفسخها ، فمن هنا لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول .

وصورة الايجاب أن يدفع الوديعة إليه ـ وهذا فعل ـ فإذا كانت سيارة فأدخلها مرساه أو حظيرته أو جراشه وقال له : هذه سيارتى عندك وديعة صح الايجاب . أما القبول فبأى لفظ دال على القبول يصح عقد الوديعة .

أما الفسخ فيجرى فيه ما يجرى فى فسخ الوكالة ، فإذا أراد المودع ردها انفسخ عقدها ، لأنه متبرع بالقبول . وإذا أراد ربها استردادها وفسخ عقدها كان له ذلك لأنه مالكها ، كما تنفسخ بجنون أحدهما أو موته أو إغمائه ، لأن استمرار العقد ينبغى أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء ، ويبطل العقد ما يمنعه ابتداء .

ففى حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة إلى ربها ؛ وفى حالة الجنون أو الاغماء يردها إلى الناظر فى مال مالكها ، وفى حالة الموت يردها إلى وارثه ، فإن لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامناً كالغاصب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والوديعة أمانة فى يد المودع ، فان تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((من أودع وديعة فلا ضمان عليه)) وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم ، وهو اجماع فقهاء الأمصار ، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده ؛ ولأن حفظ الوديعة معروف واحسان ، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس فى قبولها ، فيؤدى الى قطع المعروف ، فان أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً لأنه امانة فلا يصير مضموناً بالشرط ، كالمضمون لا يصير امانة بالشرط .

وان ولدت الوديعة ولداً كان الولد امانة ، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه ، وهل يجوز له امساكه ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يجوز بل يجب ان يعلم صاحبه ، كما لو ألقت الريح ثوباً فى داره (والثانى) يجوز لأن ايداع الأم ايداع لما يحدث منها) .

الشرح حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدار قطنى . وقال الحافظ ابن حجر : فيه ضعف ، وأخرجه الدارقطنى من طريق أخرى بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال الدارقطنى : « إنما نروى هذا عن شريح غير مرفوع » قال الحافظ ابن حجر : فى إسناده ضعيفان .

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفى إسناده المثنى بن الصباح وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقى . وأخرج أبو داود والترمذى وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبى أمامة الباهلى رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى حجة الوداع « العارية مؤداة ، والزعيم غارم » .

وحديث الفصل الذى رواه الدارقطنى يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروى عن أبيه وأبوه شعيب يروى عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وفى سماع شعيب من جده نظر ، وقد أثبت السماع فى حاشيتى على تفسير القرآن للعلامة صديق خان المسمى « بفتح البيان فى مقاصد القرآن » الصادرة عن مطبعة الامام .

وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو ، فالضمير فى جده يعود على شعيب لا على عمرو ، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد إلى عبد الله لأن جد الأب جد ، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه ، وليس منصرفاً إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو ، وقد ثبت لقاء شعيب بجده فى خبر سقناه فى المجموع أيضاً .

أما أحكام الفصل ففى الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديعة والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين . وقد حكى فى البحر الزخار الاجماع على ذلك .

وتأول ما حكى عن الحسن البصرى أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجناية المتعمدة ، والوجه فى تضمينه

الجناية أنه صار بهــا خائناً ، والخائن ضامــن لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا على المستودع غير المغل ضمان » والمغل هو الخائن . وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد في حفظ العين لأنه نوع من الخيانة .

وقد استدل القائلــون بالضــمان بحديث الحسن البصرى عن سمرة ابن جندب عن النبى صلى الله عليه وســلم قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » زاد أبو داود والترمذى : قال قتادة : ثم نسى الحسن فقال:هو أمينك لا ضمان عليه .

قال المقبلى فى المنار : يستدلون بهذا الحديث على التضمين ولا أراه صريحاً ، لأن اليد الأمينة أيضاً عليها مــا أخذت حتى ترد ، وإلا فليست بأمينة .

ومستخبر عن سر ليلى تركته بعمياء من ليلى بغير يقين

يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا إن خبرتهم بأمين

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية ، وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ فمشترك ، وهو الذى تفيده « على » فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال « هو أمينك لا ضمان عليه » بعد رواية الحديث . ا هـ

قال الشوكانى « ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من قلة الجدرى وعدم الفائدة ، وبيان ذلك أن قوله « لأن اليد الأمينة عليها ما أخذت حتى ترد ، وإلا فليست بيد أمينة » يقتضى الملازمة بين عدم الرضــا وعــدم الأمانة ، فيكون تلف الوديعة والعارية بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الأمين عن كونه أمينا وهو ممنوع ، فإن المقتضى لذلك إنما هو التلف بجناية أو خيانة ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان ، إنما النزاع فى تلف لا يصير به الأمين خارجا عن كونه أمينا كالتلف بأمر لا يطاق دفعه ، أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة ، أو ضياع بلا تفريط ، فإنه يوجد التلف فى هذه الأمور مع بقاء الأمانة » انتهى .

والمقتضى الذى يتوقف عليه فهم الحديث هو الأمر المقدور عليه وهو الضمان أو الحفظ ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معاً ، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له ، فمن قدر الضمان أوجبه على ألوديع والمستعير ، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان إذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر ، وبهذا تعرف أن التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغى .

وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر فى الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأى ، لاسيما إذا تعززت الرواية بعمل الصحابة رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر .

وممن قال بأن الوديعة أمانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع إذا لم يفرط شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأحمد وعن أحمد رواية أخرى « إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله » وأصحاب أحمد يرجحون قول الجمهور على هذا القول .

دليلنا : أن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافى الأمانة ، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها ، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها ، فلا ينافى ما ذكرنا .

فرع إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، وبهذا قال أحمد والثورى وإسحاق وابن المنذر ، قال أحمد : إذا قال : أنا ضامن لها فسرقت لا شىء عليه ، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة . وقال ابن حزم : فمال هذا المودع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه نص ، وقد صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة ، وروى عنه وعن غيره ألا تضمن .

دليلنا : أنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه ، لأنه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط .

فـــرع إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولداً ، كان ما ولدته أمانة ، لأنه لا سبب منه ولا من أمه يوجب الضمان ، وهل يجوز له إمساكه ، باعتبار أنه قدر زاد عن قدر ما أودع عنده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألقت الريح ثوباً فى داره .

(والثانى) يجوز إمساكه ، لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها والله أعلم .

فـــرع بين المالكية وجوه التفريط فى الوديعة بقولهـم : تضمن الوديعة بسقوط شىء عليها منه أى من يد المودع ولو خطأ لأن الخطأ كالعمد فى الأموال وزدنا عليه لفظ منه لبيان مراده إذ هو محل التفريط لا يضمن إن انكسرت الوديعة منه فى نقل مثلها المحتاج إليه من مكان إلى آخر . فإذا لم تحتج إلى النقل فنقلها أو احتاجتا ونقلها نقل غير مثلها ضمن أن انكسرت ونقل مثلها ما يرى الناس أنه ليس فيه بمفرط . فزيادتنا عليه المحتاج إليـه لابد منها وتضمن بخلطها بغيرها إذا تعذر تمييزها عما خلطت فيـه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن قبل الوديعة نظرت ، فان لم يعين المودع الحرز لزمـه حفظها فى حرز مثلها ، فان أخر احرازها فتلفت لزمه الضمان ، لأنه تـــرك الحفظ من غير عذر فضمنها فان وضعها فى حرز دون حرز مثلها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ ، فاذا أطلق حمل على المتعارف ، وهو حرز المثل ، فاذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان ، وان وضعها فى حرز فوق حرز مثلها لم يضـــمن لأن من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه ، فان قال : لا تقفل عليه ، فأقفل عليه أو قال : لا تقفل عليه قفلين ، فأقفـل

قفلين أو قال : لا ترقد عليه فرقد عليه فالمذهب أنه لا يضمن ، لأنه زاده فى الحرز ومن أصحابنا من قال : يضمن ، لأنه نبه اللص عليه وأغراه به .

فصــــل وان عين له الحرز فقال : احفظها فى هذا البيت فنقلها الى ما دونه ضمن لأن من رضى حرزاً لم يرض بما دونه وان نقلها الى مثله أو الى ما هو أحرز منه لم يضمن ، لأن من رضى حرزاً رضى مثله وما هو أحــرز منه ، وان قال له : احفظها فى هذا البيت ولا تنقلها فنقلها الى ما دونه ضمن ، لأنه لم يرض بما دونه وان نقلها الى مثلها أو الى ما هو أحرز منه ففيه وجهان .

قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يضمن لأنه جعله فى مثله ، فأشبه اذا لم ينهه عن النقل . وقال أبو اسحاق : يضمن لأنه نهاه عن النقــــل فضــــمنه بالنقل ، فان خاف عليه فى الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت ، فان كان النهى مطلقاً لزمه النقل ولا يضمن ، لأن النهى عن النقل للاحتياط فى حفظها ، والاحتياط فى هذه الحال أن تنقل ، فلزمه النقل ، فان لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط فى الترك وان قال له : لا تنقل وان خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن ، لأنه زاده خيراً وان تركها حتى تلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس وأبو اسحاق : لا يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهـلاك ابرأ من الضمان وقال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له ، لأنه خلاف الشرع ، فيصير كما لو لم ينهه ، والأول اظهر ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله وان خالف الشرع كما لو قال لغيره : اقطع يدى أو اتلف مالى) .

الشرح قوله : الحرز المكان الذى يحفظ فيه والجمع أحراز مثل حمل وأحمال وأحرزت المتاع جعلته فى الحرز ، ويقال : حرز حريز للتأكيد ، كما يقال : حصن حصين واحترز من كذا أى تحفظ وتحرز مثـــله ؛ ومنـــه قوله : أحرز قصب السبق ، إذا سبق إليها فضمنها دون غيره .

أما الأحكام فإن الوديع إذا لم يعين له رب الوديعة المكان الذى يحفظها فيه ؛ عليه أن يجتهد فى حفظها بما يحفظ به مثلها ، فإذا اشترط عليـــه أن يحفظها فى صفائح وكانت زيتاً أو سمناً فحفظها فى زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فكسرت القنائن كان عليه ضمانها لأنه خالف مالكها ، فإذا أمره أن يحفظها فى زجاج فكسرت القنائن فلا ضمان عليــه فإذا خالفه وحفظها فى براميــل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيراً بهذه المخالفة

وكان على أمانته ، فلو أمره أن يحفظها فى حرز من الجلد فحفظها فى قماش ضمن .

فإذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها ، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين ، أو قال لا ترقد عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لأنها أمور نزيد فى وسائل الحفظ ، وقوة الحرز . ومن أصحابنا من قال . يضمن ، لأنه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص إليه وقال أصحاب أحمد : إذا بالغ فى حفظها من غير حاجة ضمن .

فــرع فإذا عين له الحــرز فإن نقلهــا إلى ما دونه ــ أعنى أقل كفاءة فى الحفظ ــ ضمن ، فإذا نقلها إلى حرز مثل الذى عينه أو أعلا كفاءة وحفظاً ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : لا يضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فكان كأن لم ينقلها ، أو كأن ربها لم يعينه ، أو لم ينهه عن غير ما عينه . (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى : يضمن ، لأنه نهاه عن النقل فإذا خالف انتقل من الائتمان إلى الضمان .

فــرع إذا كان الحرز الذى عينه المودع معرضاً لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الأرض تتلفه نظرت فإن كان نهيه مطلقاً بأن قال : لا تنقلها من هنا لزمه مخالفته ، لأن النهى أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها ، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف .

فــــرع إذا قال له : لا تنقلها وإن خفت عليها الهلاك ، فخاف عليها الهلاك ونقلها لم يضمن بالمخالفة لأنه زاده خيراً ، أما إذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزى : لا يضمن لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان . وقال أبو سعيد الإصطخرى : عليــه الضمان ، لأن هذا النهى يتعارض مع مسئولية الأمين فى الاجتهاد وعدم التفريط شرعا ، فــلا حكم للنهى وكأنه لم يكن وقــد رجح الشيخ أبــو إسحاق الشيرازى الأول لأنه بهذه الصورة من النهى قد أهدر حقه فى الضــمان .

وإن خالف الشرع ، كما لو أمر غيره بقطع يده أو إتلاف ماله فإنه لا ضمان له ، وإن أثم الفاعل . وبهذا قال الحنابلة .

فــرع في كلام الشافعي في الوديعة : إذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع : أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه قال أبو حنيفة فالقول قول رب الوديعة والمستودع ضامن وبهذا يأخذ يعني أبا يوسف . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين ثم قال : وإذا استودع الرجل الوديعة فتصادقا عليها ثم قال المستودع أمرتني أن أدفع الوديعة إلى رجل فدفعتها إليه وأنكر ذلك رب الوديعة فالقول قوله وعلى المستودع البينة بما ادعى .

وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه فقال المستودع : لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة وأبى أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول : يعطيمهما تلك الوديعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما لأنه أتلف ما استودع بجهالته ، ألا ترى أنه لو قال هذا استودعنيها ثم قال : أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذي أشير له بها أولا ويضمن للآخر مثل ذلك لأن قوله : أتلفه ، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله وبهذا يأخذ وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول : ليس عليه شيء والوديعة والمضاربة بينهما نصفان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل فان أودعه شيئاً فربطه في كمه لم يضمن ، فان تركه في كمه ولم يربطه نظرت فان كان خفيفاً اذا سقط لم يعلم به ضمنه ، لأنه مفرط في حفظه وان كان ثقيلا اذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفرط ، وان تركه في جيبه فان كان مزرراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد ، وان كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله .

وان أودعه شيئاً فقال : اربطه في كمك فامسكه في يده فتلف فقد روى المزني أنه لا يضمن وروى الربيع في الأم أنه يضمن ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن اليد أحرز من الكم ، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد .

(والثاني) أنه يضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ؛ لأنه اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر . ومن أصحابنا من قال : ان ربطها في كمه وأمسكها بيده لم يضمن ، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وان تركها في يده ولم يربطها في كمه ضمن لأن الكم أحرز من اليد ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .

وان أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كمه ضمن ، لأن الجيب أحرز من الكم ، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب ، وان قال : احفظها في البيت فشدها في ثوبه وخرج ضمنها ، لأن البيت أحرز ، فان شدها في عضده . فان كان الشد مما يلي اضلاعه لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وان كان من الجانب الآخر ضمن ، لأن البيت أحرز منه ، وان دفعها اليه في السوق وقال : احفظها في البيت فقام في الحال ومضى الى البيت فأحرزها لم يضمن ، وان قعد في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت .

وان أودعه خاتماً وقال : احفظه في البنصر فجعله في الخنصر ضمن ، لأن الخنصر دون البنصر في الحرز ، لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهي الى الوقوع أسرع . وان قال : أجعله في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن ، لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ . وان قال : اجعله في الخنصر فلبسه في البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه) .

الشرح هذا الفصل تتلخص أحكامه فيما إذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تهاون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعة ضمن فى كل الصور التى ساقها المصنف ، لأنه لو قال له اربط الدراهم فى كمك فأمسكها بيده فضاعت لارتخاء يده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فإنه يضمن ، لأن ضياعها كان بسبب المخالفة . ولو قال له : اربطها فى كمك فربطها ولم يحكم ربطها ضمن . ولو قال له : ضعها فى كور عمامتك فلم يشد عليها العمامة ضمن وهكذا . والجيب عندهم ما ينفتح على النحر . قال تعالى : « وليضربن بخمرهن على جيوبهن » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها اليه ، فان لم يجد سلمها الى الحاكم ، لأنه لا يمكن منعه من السفر ، ولا قدرة على

المالك ولا وكيله ، فوجب الدفع الى الحاكم ، كما لو حضر من يخطب المرأة والولى غائب ، فان الحاكم ينوب عنه فى التزويج ، فان سلم الى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن ، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله ، كما لا ولاية له فى تزويج المرأة مع حضور الولى أو وكيله ، فان لم يكن حاكم سلمها الى أمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أيمن واستخلف عليا كرم الله وجهه فى ردها » وان سلم الى أمين مع وجود الحاكم ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول أبى اسحاق لأنه أمين فاشبه الحاكم .

(والثانى) يضمن ، وهو ظاهر قوله فى الرهن . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها ، وأمانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد فان لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها ، لأن السفر فى هذه الحال أحوط ؛ فان وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ فى الحرز ، وليس السفر من مواضع الحفظ ، لأنه اما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه ، فلا يجوز مع عدم الضرورة .

وان دفنها ثم سافر نظرت فان كان فى موضع لا يد فيه لأحد ضمن ، لأن ما تتناوله الأيدى معرض للأخذ ، فان كان فى موضع مسكون فان لم يعلم بها أحداً ضمن ؛ لأنه ربما أدركته المنية فى السفر فلا تصل الى صاحبها ، فان أعلم بها من لا يسكن فى الموضع ضمن ، لأن ما فى البيت انما يكون محفوظاً بحافظ ، فان أعلم بها من يسكن فى الموضع فان كان غير ثقة ضمن ، لأنه عرضه للأخذ . وان كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر ، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر) .

الشرح أم أيمن هى بركة بنت ثعلبة بن عمرو مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه وهى أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه تزوجها زيد بن حارثة بعد أبى أيمن وكان حبشياً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أم أيمن أمى بعد أمى » هاجرت بعد رسول الله ﷺ مع عائشة وأسماء وزيد وأسامة ، وأدركت المدينة والمسجد يبنى وقد عطشت وهى مهاجرة فنزل لها دلو من السماء فشربت فما ظمئت بعد ذلك أبداً ، وكانت تقول : ما أصابنى بعد ذلك عطش ، ولقد تعرضت للعطش فى الصوم فى الهواجر فما عطشت

والخبر وإن كان شائعاً فى كتب الفقه ، إلا أنه غير موجود فى الكتب الستة ، وليس فى مسند أحمد أو سنن الدارمى أو سنن الدارقطنى أو موطأ مالك ؛ وليس فىمجمع الزوائد للهيثمى . وليس فى أمهات فقه الحديث كنيل الأوطار وسبل السلام،وليس فى شىء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء .وليس فى كتب السير إلا ما فى ابن هشام بلاغاً أن ابن إسحاق قال : بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما هاجرجعل عليا على الودائع ولم يذكر شيئاً عن أم أيمن رضى الله عنها .

وقال الحافظ ابن حجر فى التلخيص الحبير : روى أنه صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم المؤمنين وأمر عليا بردها قال : أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف ، بل لم تكن عنده فى ذلك الوقت إن كان المراد بها عائشة فقد كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة فإن صح فيحتمل أن تكون هى،أما أمره عليا بردها فرواه ابن إسحق بسند قوى فذكر حديث الخروج إلى الهجرة قال : فأقام على بن أبى طالب خمس ليال وأياما حتى أدى عن النبى صلى الله عليه وسلم الودائع التى كانت عنده للناس ا هـ قلت ولعل الصــواب هو الذى ذكره المصنف من أنها أم أيمن فصحفها النساخ إلى أم المؤمنين والله تعالى أعلم بالصــواب .

أما الأحكام فإنها تشتمل على ما يأتى :

(أولا) يجب على الوديع إذا أزمع السفر أن يردها . فإن لم يجد ربها فوكيله وإلا سلمها إلى الحاكم . قال الشافعى فى الأم « فإن كان المستودع حاضراً أو وكيله لم يكن له أن يسافر حتى يردها إليه أو إلى وكيله ، أو يأذن له أن يودعها من رأى فإن فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن » وقال الشافعى أيضا « إذا استودع الرجل الرجل وديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها براً أو بحراً فهلكت ضمن . وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن » ا هـ .

(قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك .

(ثانيا) إذا لم يقدر على ردها أو إيداعها عند الحاكم فقد قال الشافعى « وإن كان غائباً فأودعها من يودع ماله ممن يكون أميناً فهلكت لم يضمن ، فإن أودعها من يودع ماله ممن ليست له أمانة فهلكت ضمن » ثم قال « لأنه يجوز أن يوكل بماله غير أمين ، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين » اهـ .

(ثالثا) إذا أودعها أميناً مع وجود الحاكم فعلى الوجهين :

(أحدهما) وهو ظاهر النص الذى أسلفنا نقله : لا يضمن ، وبه أخذ أبو إسحاق المروزى .

(والثانى) وهو ظاهر قول الشافعى فى الرهن حيث يقول « وإذا أراد العدل الذى عليه الرهن الذى هو غير الراهن والمرتهن رده بلا علة أو لعلة والمرتهن والراهن حاضران فله ذلك وإن كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له إخراجه من يدى نفسه ، فإن فعل بغير أمر الحاكم فهلك ضمن ، وإن جاء الحاكم ــ فإن كان له عذر ــ أخرجه من يديه . وذلك أن يبدو له سفر أو يحدث له ، وإن كان مقيما لشغل أو علة ، وإن لم يكن له عذر يحبسه إن كان قريباً حتى يقدما أو يوكلا ، فإن كانا بعيداً لم أر عليه أن يضطره إلى حبسه ، وإنما هى وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها ، ويسأله ذلك فإن طابت نفسه بحبسه وإلا أخرجه إلى عدل غيره » اهـ .

ولأن أمانة الحاكم أمر قطعى وأمانة غيره كالأمين أمر ظنى والقطعى مقدم على الظنى ، كالنص يرد الاجتهاد .

(رابعاً) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لصاحبها ، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبى حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن .

وقال الشافعى : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفا .

دليلنا : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها لأن النبى صلى الله عليه وسلم روى عنه أنه قال « لو علم الناس رحمة الله بالمسافر لأصبح الناس وهم على سفر ، إن المسافر ورحله على قلت ، إلا ما وقى الله »

أخرجه السلفى فى أخبار أبى العلاء المعرى قال : أنا الخليل بن عبد الجبار أنا أبو العلا أحمد بن سليمان المعرى بها ثنا أبو الفتح أحمد بن الحسن ابن روح ثناخيثمة بن سليمان ثنا أبو عقبة نابشير بن زاذان الدارسى عن أبى علقمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ الحديث . والقلت الهلاك قال : الحافظ ابن حجر أخرجه أبو منصور الديلمى فى مسند الفردوس من هذا الوجه من طريق المعرى وكذا ذكره أبو الفرج المعافى القاضى النهروانى فى كتاب الجليس والأنيس له بعد أن ذكره مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم لكن لم يسق له إسناداً أورده فى المجلس الخامس والعشرين عقب قول كثير .

بغاث الطير أكثرها فراخاً وأم الصقر مقلات نزور

قال : المقلات التى لا يعيش لها ولد ثم قال : وقد أنكره النووى فى شرح المهذب فقال : ليس هذا خبراً عن النبى صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام بعض السلف قيل : إنه على بن أبى طالب . قلت : وذكره ابن قتيبة فى غريب الحديث عن رجل من الاعراب والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر ، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه . كما لا يمكنه الحفظ مع السفر ، وقد بينا حكمه ؛ وان قال فى مرضه : عندى وديعة ووصفها ، ولم يوجد ذلك فى تركته ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق : لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها ، لأن الوديعة امانة فلا يضمن بالشك ، ومن أصحابنا من قال : يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص ، لأن الأصل وجوب ردها ، فلا يسقط ذلك بالشك) .

الشرح قوله : لا يضرب المقر له . قال ابن بطال : مأخوذ من الضارب الذي يضرب بالقداح ، وهو الموكل بها ، ومثله الضريب والجمع الضرباء ، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم .

أما الأحكام فقد قال المصنف : إن حكم الميت حكم المسافر ، وقد مضى فى الفصل قبله . أما إذا قال فى مرض الموت : عندى وديعة ثم وصفها ، فلما مات لم توجد فى تركته فقد اختلف فيه أصحابنا ، فقد ذهب أبو إسحاق المروزى إلى أنها أمانة لا يجوز أن يسقط الائتمان فيها بالشك ومن ثم لا يضرب مالكها مع الغرماء ، ومنهم من قال بظاهر النص فى مختصر المزنى حيث يقول الشافعى « وإذا استودع الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها ، أو قامت عليها بينة ـ وعليه دين يحيط بماله ـ كانت الوديعة لصاحبها ، فإن لم يعرف الوديعة بعينها ببينة تقوم ولا إقرار من الميت ، وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء » قلت : وذلك أقيس ، لأن الله تعالى أمر برد الأمانات إلى أهلها فكان ردها واجباً ، ولا يرد الواجب بمجرد الشك .

فرع إذا أوصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بينة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخا فى تاريخ قريب من يوم موته ، فإن كانت فى تاريخ بعيد نظرت ، فإذا ظهر احتمال كون شرائها من مالكها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحق بطلب الوصية واعتبرت المبايعة . أما إذا وضعها فى حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها ، فلا تعد هذه الكتابة بينة لمالكها ، لأنه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه ، أو كانت وديعة فابتاعها .

فرع إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عندى وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسى أن يضرب على ما كتب ، أو غير ذلك .

فرع قال الشافعى : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعة بعينها فإن أبا حنيفة يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة

بالحصص وكذلك قال ابن أبى ليلى ثم ساق رواية أبى حنيفة عن إبراهيم مثله ، ورواية الحجاج بن أرطاة عن عطاء وإبراهيم مثله .

فـــرع إذا ترك الوديع الوصية عند الاشراف على الموت ـ والوصية كما ستأتى إن شاء الله تعالى مفصلة .. أن يعلم بها القاضى أو الأمين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبة ، أو الإشارة إليهـا إن كانت حاضرة مع الأمر بردها إلى المالك أو وكيله فوراً ، وعلى الوديع إذا مرض مرضاً مخوفاً أن يبادر بردها إلى ربهـا أو وكيله فإن لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجده ، أو يوصى بها من ذكرنا ، فإن لم يكن حاكم ردها إلى أمين ، فإن لم يفعل ضمنت فى تركته ، وكذا لو أوصى بها إلى فاسـق ضمن ، وقد ذهب السبكى إلى الضمان إذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا . وذهب الاسنوى إلى أنه يصير ضامنا بمجرد المرض حتى لو تلفت بآفة سـماوية لتفريطه فى ردها ومحـل هـذا كله عند التمكن منه إن بالرد أو الإيداع أو الوصية ، أما موت الفجـاءة أو الغيلة فلا .

فـــرع قال الشافعى رضى الله تعالى عنـه فى الأم : وإذا أودع الرجل الرجل الوديعة فاستودعها المستودع غيره ضمن إن تلفت لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان متعـديا ضامنا إن تلفت وإذا مات الرجل وعليـه دين معروف وقبله وديعة بغير عينها فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : جميـع ما ترك بين الغـرماء وصاحب الوديعة بالحصص وبهذا يأخـذ وكان ابن أبى ليلى يقول : هى للغرماء وليس لصـاحب الوديعة لأن الوديعة شىء مجهـول ليس بشىء بعينه . وقال أبـو حنيفة فإن كانت الوديعة بعينها فهى لصاحب الوديعة إذا علم ذلك وكذلك قال ابن أبى ليلى .

أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين « أنهم يتحاصون الغرماء ، وأصحاب الوديعة » الحجاج بن أرطأة عن أبى جعرو عطاء مثل ذلك . الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله ثم قال

الشافعى رضى الله عنه : وإذا استودع الرجل الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها أو قامت بينة وعليه دين محيط بما له كانت الوديعة لصاحبها فإن لم تعرف الوديعة بعينها بينة تقوم ولا إقرار من الميت وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء (الأم جـ ٧ ص ١٠٦ الأميرية) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها لأن المودع لم يرض بأمانة غيره ، فان هلكت عند الثانى جاز لصاحبها أن يضمن الأول ، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه وله أن يضمن الثانى ، لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه كأن ضمن الثانى نظرت ــ فان كان قد علم بالحال ــ لم يرجع بما ضمنه على الأول ، لأنه دخل على انه يضمن فلم يرجع . فان لم يعلم ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يرجع لأنه دخل على أنه أمانة . فاذا ضمن رجع على من غيره .

(والثانى) أنه لا يرجع . لأنه هلك فى يده فاستقر الضمان عليه فان ضمن الأول ــ فان قلنا : ان الثانى اذا ضمن يرجع على الأول ــ لم يرجع الأول عليه ، وان قلنا انه لا يرجع رجع الأول عليه . فأما اذا استعان بغيره فى حملها ووضعها فى الحرز . أو سقيها أو علفها . فانه لا يضمن . لأن العادة قد جرت بالاستعانة ولأنه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره) .

الشرح قوله : يضمن الأول ــ من ضمن يضمن بتضعيف الميم لتتعدى إلى مفعولين ومعناها ألزمه بالضمان . وقال بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم . وهو غلط من جهة الاشتقاق . لأن نون الضمان أصلية . وضمنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه هكذا ذكر الفيومى فى المصباح .

أما الأحكام فقد قال المزنى : قال الشافعى : وإذا أودع الرجل الوديعة فاستودعها غيره ضمن إن تلفت . لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطهعلى أن يودعها غيره وكان متعديا ضامنا إن تلفت وكذلك قال الربيع بن سليمان قال الشافعى : إذا استودع الرجل الرجل الوديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها براً أو بحراً فهلكت

ضمن ، وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن وكذلك إن دفنها ولم يعلم بها أحداً يأمنه على ماله فهلكت ضمن ا هـ .

(قلت) للايداع لدى غيره صورتان : (إحدهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف فى المذهب . وهو قول شريح ومالك وأحمد وأصحابه وأبى حنيفة وأصحابه وإسحاق بن راهويه ، وقال ابن أبى ليلى لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها فى حرزه . دليلنا أنه خالف المودع فضمنها . كما لو نهاه عن إيداعها ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

اذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثانى لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين لا ضمان عليه ، فإن أحب المالك تضمين الثانى كان له ذلك . وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثانى . وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذا ذكر الضمان على الأول فقط .

دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، فإذا استعمل المالك حقه وضمنه ، فإن لم يكن يعلم – أعنى الوديع الثانى – بأن هذه الوديعة ليست لمن أودعها إياه ففى رجوع الثانى على الأول وجهان :

(أحدهما) أنه يرجع عليه لأنه غره ولم يوضح له الأمر .

(والثانى) لا يرجع لأنها تلفت فى يده فاستقر الضمان عليه ، فإن قلنا بالوجه الأول برجوع الثانى على الأول فليس للأول أن يرجع عليه . وإن قلنا بالوجه الثانى رجع عليه وإن كان يعلم فلم يغرر به الأول فليس له الرجوع عليه وجهاً واحداً .

فرع للوديع أن يعين للوديعة إن كانت ماشية من يقوم على رعيها وسقيها ، فإن كانت تحتاج إلى حمل أو تنظيف أو صيانة فعهد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعاً لغيره وسيأتى مزيد له .

فـــرع قال ابن حزم فى المحلى :

مســألة فرض على من أودعت عنده وديعة حفظها وردها إلى صاحبها إذا طلبها منه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولقوله تعـالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلهـا) ومن البر حفظ مال المسلم أو الذمى ، وقد صح نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال وهذا عموم لمال المرء ومال غيره .

مســألة فإن تلفت من غير تعد منه ولا تضييع لها فلا ضمان عليه فيهـا لأنه إذا حفظها وله يتعد ولا ضيع فقد أحسن والله تعالى يقول (ما على المحسنين من سبيل) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن دماءكم وأموالكم عليكم حـرام) فمال هذا المودع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه منه نص ، وقد صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة وروى عنه وعن غيره ألا تضمن اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره ، فان خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيـه وجهان : (أحدهما) لا يضمن ، لأن الجميع له . (والثانى) أنه يضمن وهو الأظهر ، لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطا بالآخر . وان أودعه دراهم فى كيس مشدود فحمله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هتك الحـرز من غير عذر ، وان أودعه دراهم فى غير وعاء فأخذ منها درهما ضمن الدراهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقى لأنه لم يتعد فيه ، فان رد الدرهم فان كان متميزا بعلامة لم يضمن غيره ، وان لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضـمن الجميع ، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع . والمنصوص أنه لا يضمن الجميع ، لأن المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن . فان أنفق الدرهم ورد بدله ، فان كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لأنها باقية كما كانت ، وان كانت غير متميزة ضمن الجميع لأنه خلط الوديعة بمالا يتميز عنها فضمن الجميع) .

الشرح الأحكام : إذا خلط دراهمه بمثلهـا مـن دراهمه ضمن عندنا ، وبهذا قال الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يضمن .

قال ابن القاسم من المالكية : إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن .

قال فى الأم : ولو أودعه عشرة دراهم فتعدى منها فى درهم فأخرجه فأنفقه ثم أخذه فرده بعينه ثم هلكت الوديعة ضمن الدرهم ولا يضمن التسعة لأنه تعدى بالدراهم ولم يتعد بالتسعة . وكذلك إن كان ثوباً فلبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع : قول الشافعى : إن كان الدرهم الذى أخذه ثم وضع عينه معروفاً من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن التسعة . وإن كان لا يتميز ضمن العشرة . انتهى من الأم ، ولم أطلع على قول الربيع الذى أشار إليه الشيخ أبو إسحاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها ؛ لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها ، وان قال لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان . قال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن لأنه لا حكم لنهيه ، لأنه يجب عليه سقيها وعلفها ، فاذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقى والعلف وقال أبو العباس وابو اسحاق : لا يضمن . لأن الضمان يجب لحق المالك ، وقد رضى باسقاطه .

الشرح الأحكام ، قال الشافعى فى الأم : وإذا أودع الرجل الرجل الدابة فأمره بسقيها وعلفها ، أمر بذلك من يسقى دوابه ويعلفها فتلفت من غير جناية لم يضمن ، وإن كان سقى دوابه فى داره فبعث بها خارجا من داره ضمن . قال : وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا علفها فحبسها المستودع مدة إذا أتت على مثلها لم تأكل ولم تشرب تلفت فتلفت فهو ضامن . وإن كانت تلفت فى مدة قد تقيم الدواب فى مثلها ولا تتلف فتلفت لم يضمن ممن تركها وإذا دفع إليه الدابة وأمره أن يكريها ممن يركبها بسرج فأكراها ممن يحمل عليها فعطبت ضمن ولو أمره أن يكريها ممن يحمل عليها تبناً فأكراها ممن يحمل عليها حديداً فعطبت ضمن ولو أمره أن يكريها ممن يحمل عليها حديداً فأكراها ممن يحمل عليها تبناً بوزنه ضمن لأنه يفترش عليها من التبن ما يعم فيقتل .

(قلت) فإذا أودعه بهيمة فأمره بعلفها وسقيها كان ذلك واجباً لوجهين : (الأول) لحرمة صاحبها (والثانى) لحرمة البهيمة لحديث « دخلت امرأة النار فى هرة » وإن لم يأمره بقيت فى ذمته حرمة البهيمة ، كما لو أطلق ولم يأمره . وبهذا قال أحمد والشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه لأنـه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها ، فإذا لم يعلفهـا كان التفريط من مالكها .

دليلنا أنه لا يجوز له إتلافها أو التفريط فيها ، فإذا أمره بحفظها تضمن الأمر علفها وسقيها .

فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردهـا عليه أو يأذن له فى الانفاق عليها ليرجع به عليه . فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر الحاكم ، فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من إجارتها أو بيع جزء منها فإن تعذر عليه ، علفها وأشهد على ذلك ليرجع به عليه ، فإذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلة لها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدى والمخالفة لعلمه بعلة النهى . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعضهم يضمن مطلقا .

أما إذا نهـاه عن إطعام بهيمة سليمة فإنه لا يضمن إذا تلفت ، وعليـه إثم ترك إطعامها ، لأن الضمان يجب لحق المالك وقد أسقطه ، وهو قـول أبى العباس بن سريج وأبى إسحاق المروزى وقال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الله من حرمة البهيمة . وقال الزركشى « لو كانت الدابة ملكا لغيره ، كأن أودع الولى حيوان محجوره فيشبه أن نهيه كالعدم . قال الشافعى : وإذا أودع الرجل الرجل شيئا من الحيـوان ولم يأمره بالنفقة عليه انبغى له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليه ويجعله ديناً على المستودع ، ويوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه وينفقها غيره لئلا يكون أمين نفسه أو بيعها ، وإن لم يفعل فأنفق عليها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشىء ، وإذا خاف هلاك الوديعة فحملها إلى موضع آخـر فلا يرجع بالكراء على رب الوديعة لأنه متطوع . ا هـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها . كاخراج الثيـــاب للتشرير لم يضمن ، لأن ذلك من مصلحة الوديعـــة ، ومقتضى الايداع ، فلم يضمن به ، وان أخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف فى الوديعة بما ينافى مقتضاها فضمن به . كما لو أحرزها فى غير حرزها ، فان كان دابة فأخرجها للسقى والعلف الى خارج الحرز ، فان كان المنزل ضيقاً لم يضمن لانه مضطر الى الاخراج ، وان كان المنزل واسعاً ففيه وجهان .

(أحدهما) يضمن ، وهو المنصوص . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى . لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها ، كما لو أخرجها ليركبها . (والثانى) أنه لا يضمنها . وهو قول أبى اسحاق ، لأن العادة قدجرت بالسقى والعلف خارج المنزل ، وحمل النص عليه اذا كان الخارج غير آمن . وان نوى اخراجها للانتفاع كاللبس والركوب أو نوى أن لا يراها على صاحبها ، ففيـه ثلاثة أوجه : (أحدها) وهو قول أبى العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطـة اذا نوى تملكها . (والثانى) : وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى انه أن نوى اخراجها للانتفاع بها لم يضمن . وان نوى أن لا يردها ضمن ، لأن بهذه النية صار ممسكا لها على نفسه ، وبالنية الأولى لا يصير ممسكا على نفسه . (والثالث) : وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يضمن ؛ لأن الضمان انما يكون بفعل يوقع فى العين ، وذلك لم يوجد) .

الشرح الأحكام : هناك بعض الودائع لا تحفظ إلا بتعريضهـا للهواء أو الشمس فى بعض الأوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونهـا لتأثير الهواء والشمس على ألوان النسيج وغيرهما كما هو مشاهد ومعروف فى علم الكيمياء حتى إن الضوء له تأثير على الألوان ، فإذا شررها ــ أى نشرها ــ بغرض حفظها فتلفت أو حالت ألوانها لم يضمن ، وإذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالهـا استعمالا يحفظهـا ، فان هلكت فلا يضمن لأنه إذا أهملها تلفت ، ولأن ذلك مــن مصلحتهـا فلم يضمن .

وقال بعض أصحابنا : لا يضمن إلا إذا تحقق أن الســارق دله على الموضع بعض من دخل أولا أو دله عليها وإن لم يحدد موضعها ، فله إخراجها ليركبها أو كان ثوبا ليلبسه ضمن ، أو نوى أن لا يردها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول ابن سريج أنه يضمن ، لأنه نوى امتلاكها ، كما لو التقط شيئاً ونوى امتلاكه (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد إنه لا يضمن فى الانتفاع ويضمن فى عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الأصحاب أنه لا يضمن لأن نية الامتلاك لا تؤثر فى عين الوديعة .

فرع قال ابن حزم فى المحلى : وصفة حفظها أن يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله وألا يخالف فيها ما حد له صاحبها إلا أن يكون فيما حد له تعيين هلاكها فعليه حفظها لأن هذا هو صفة الحفظ وما عداه هو التعدى فى اللغة ومعرفة الناس وبالله التوفيق .

مسألة إذا لقى المودع من أودعه فى غير الموضع الذى أودعه فيه ما أودعه فليس له مطالبته بالوديعة ونقل الوديعة بالحمل والرد على المودع لا على المودع الغاصب والمتعدى فى الوديعة أو غيرها وأخذ المال بغير حق فرده على المتعدى والغاصب وأخذه بغير حق إلى صاحبه حيث لقيه من بلاد الله تعالى لأن فرضاً عليه الخروج من الظلم والمطل فى كل أوان ومكان وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أخذت الوديعة منه قهرا لم يضمن لأنه غير مفرط فى ذلك وان أكره حتى سلمها ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم (أحدهما) : أنه يضمن ، لأنه فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه ، فأشبه اذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع . (والثانى) : أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبه اذا أخذت بغير فعل من جهته .

فصل وان طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط فان أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط .

فصل وان تعدى فى الوديعة فضمنها ثم ترك التعدى فى الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئاً ثم رده الى الدار ، فان قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك فى حفظها ففيه وجهان : (أحدهما) : يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط باسقاطه . (والثانى) لا يبرأ حتى يردها

اليه ، لأن الابراء انما يكون عن حق فى الذمة ، ولا حق له فى الذمة فلم يصح الابراء) .

الشرح الأحكام : فرق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن ، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها ، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبراً وبين أن يسلمها مختاراً ، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضاً ، وعلى الوجه الثانى : ليس للمالك تضمين الوديع ، لأنه أكره ويرجع المالك على الظالم فى كلا الحالين ، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره فى الصوم على الأكل .

(أحدهما) لا يكون مفطرا .

(والثانى) يحكم بإفطاره . ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن إعلامه بها جهده ، فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن ، ويجوز له أن يحلف على ذلك لحفظها ، ويجب عليه إذا أمكنته التورية أن يورى فإن لم يمكنه صرح لغير تورية منكرا لها وكفر عن يمينه .

فرع لا خلاف فى وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك » يعنى عند طلبها ، ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها له كالمغصوب والدين الحال ، فإن امتنع فتلفت ضمنها لأنه صار غاصبا لإمساكه مال غيره بغير إذنه ، أما إن طلبها فى وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، فإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه : فإذا قال : أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل لأنى جائع أو أنام فإنى ناعس أو ينهضم عنى الطعام فإنى ممتلىء أمهل بقدر ذلك .

فرع فى مسألة رسول رب المال . إن الدافع يبرأ بمجرد الدفع

إليه ويصير الكلام بين رب المال وورثة رسوله ، فإن مات الرسول قبل الوصول أخذها من تركته وإن مات بعده فلا رجوع له وإن كان الرسول رسول من عنده المال فلا يبرأ إلا بوصوله لربه ببينته أو إقراره منه فإن مات قبل الوصول رجع مرسله فى تركته وإن مات بعده فلا رجوع وهى مصيبة نزلت بمن أرسله إن ادعى رب المال عدم الدفع له ولا بينة وصدق المودع (بالفتح) فى دعوى التلف والضياع كالرد أى كما يصدق فى دعواه أنه ردها لربها لأنه استأمنه عليها والأمين يصدق إلا لبينة توثق ، والحاصل : أن صاحب اليد المؤتمنة إن ادعى الرد على صاحب اليد الذى ائتمنه صدق ولا ضمان .

وأن الوارث إذا ادعى الرد على ربها أو على وارثه أو ادعى صاحب اليد المؤتمنة الرد على وارث ربها فلا يصدق ويضمن . هذا مذهب مالك وقالت المالكية : إن المودع مثلا إذا أرسل الوديعة مع رسوله إلى ربها بإذنه فأنكر ربها وصولها إليه ولا بينة لتشهد عليه بقبضها من الرسول فان الرسول يضمنها لتفريطه بعدم الإشهاد .

فــرع إذا تعدى فى الوديعة بأى من أنواع التعدى كجحودها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان إلى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالإقرار فإنه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه إلا بالرد وأن أقام البينة على تلفها بعد جحودها لم يسقط عنه الضمان ، فلو أقام البينة بتلفها قبل جحودها فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع بينته لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع (والثانى) تسمع بينته ، فإذا أبرأه المودع من الضمان ، أو أذن له فى حفظها بعد ذلك فوجهان . (أحدهما) وهو ظاهر قول الشافعى : يبرأ من الضمان ، لأن الضمان وجب لحقه فسقط بإسقاطه له . (والثانى) : لا يبرأ حتى يردها على ربها لأن الإبراء لا يكون إلا عن حق فى الذمة فلم يصح .

فصل قال ابن حزم فى المحلى : فإن تعدى المودع فى الوديعة أو أضاعها فتلفت لزمه ضمانها ولو تعدى على بعضها دون بعض لزمه ضمان

ذلك البعض الذى تعدى فيه فقط لأنه فى الاضاعة أيضاً متعد لما أمر به ، والتعدى هو التجاوز فى اللغة التى نزل القرآن بها ، وبها خاطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم والله يقول « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فيضمن ضمان الغاصب فى كل ما ذكرنا فى حكم الغصب وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك وديعة وأنكرها المودع فالقول قوله ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من أنكر » ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله .

فصل وان ادعى أنها تلفت نظرت ، فان ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق ، لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق ، ويمكن اقامة البينة عليها ، فلم يقبل قوله من غير بينة فان أقام البينة على ذلك أو ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت ، لأن الهلاك يتعذر اقامة البينة عليه ، فقبل قوله مع يمينه .

فصل وان اختلفا فى الرد فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول فى الرد قوله . وان ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الايداع فأقام المودع بينه بالايداع فقال المودع : صدقت البينة أودعتنى ، ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لأنه صار خائناً ضامناً فلا يقبل قوله فى البراءة بالرد والهلاك ، فان قال : أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنها تسمع ، لأنه لو صدقه المدعى ثبتت براءته ، فاذا قامت البينة سمعت . (والثانى) لا تسمع ، لأنه كذب البينة بانكاره الايداع ، فأما اذا ادعى عليه أنه أودعه فقال : ماله عندى شىء فأقام البينة بالايداع فقال : صدقت البينة أودعتنى ، ولكنها تلفت رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق فى انكاره أنه لا شىء عنده ، لأنها اذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شىء والله أعلم) .

الشرح الحديث سبق وسبق تخريجه .

أما الأحكام فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه وديعة فقال : مالك عندى شىء أو لا تستحق على شيئاً فالقول قوله . فإذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلا : صدقت بالبينة ولكنها تلفت ، أو قال : ولكنى رددتها إليك لم يقبل قوله ، لأنه خان بجحوده ، فلا يقبل قوله فى التلف أو الرد .

وقد جمع الأستاذ محمد الخضراوى من فقهائنا المعاصرين عناصر ذات فائدة فى أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه ، قال أثابه الله : وإذا ادعى الوديع رد الوديعة على من ائتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم ، صدق بيمينه ، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه ائتمنه . أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردها ، ويجرى ما ذكر فى كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب فى رد ما جباه على الذى استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وكل أمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره ؛ لأنه ائتمنه بناء على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره ، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فإنه لا يصدق لأنه لم يأتمنه . ولا يصدق ملتقط الشىء ولا من ألقت عليه الريح ثوبا فى الرد إلى المالك ، لأنه لم يأتمنهما وضابط الذى يصدق بيمينه فى الرد هو كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه إلا المرتهن والمستأجر فانهما يصدقان فى التلف لا فى الرد ، لأنهما أخذا العين لغرض أنفسهما .

قال ابن القاص وغيره : كل مال تلف فى يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها ، فتلفت فى يده ، فيضمنها لهم . وإذا ادعى الوديع الرد على غير من ائتمنه كوارث المالك ، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الأمين الرد على المالك طولب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر ، إذ الأصل عدم الرد ولم يأتمنه .

أما إذا ادعى الوارث الرد من مورثه فإنه يصدق بيمينه ، وصرح به البغوى وقال الرافعى :وهو الوجه ، لأن الأصل عدم حصولها فى يده . وقال ابن أبى الدم أنه الأصح ، وخالف فى ذلك المتولى وقال : يطالب بالبينة .

ولو تنازع الوديعة بأن ادعى كل منهما أنه ملكه ، فصدق الوديع أحدهما بعينه فللآخر تحليفه ، فإن حلف سقطت دعوى الآخر ، وإن نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة ، وإن صدقهما فاليد لهما والخصومة بينهما ، وإن قال : هى لأحدكما ونسيته ، وكذباه فى النسيان ضمن كالغاصب ، والغاصب إذا قال : المغصوب لأحدكما وأنسيته ، فحلف أحدهما على البت أنه لم يغصبه تعين المغصوب للآخر بلا يمين .

ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك ، وطلب منه الوديعة فله تحليفه على نفى العلم بذلك ، فإن نكل الوارث أخذها ، وإن قال الوديع : حبستها عندى لأنظر هل أوصى بها مالكها أم لا ؟ فهو متعد ضامن .

فائدة قال فى الشرح الصغير من كتب المالكية : إن تنازع الوديعة شخصان فقال المودع (بالفتح) هى لأحدكما ونسيته قسمت بينهما إن حلفا أو نكلا ، وقضى للحالف على الناكل وإن أودع شخصين وغاب المودع بالكسر وتنازعا فيمن تكون عنده جعلت بيد الأعدل والضمان عليه إن فرط ، فإن تساويا فى العدالة قسمت بينهما إن قبلت القسمة وإلا فالقرعة اهـ

مسألة سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعة ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال : يصرفها فى أهم مصالح المسلمين ويقدم أهل الضرورة ومسيس الحاجة ، ولا يبنى بها مسجداً ، ولا يصرفها إلا فيما يجب على الإمام العادل صرفها فيه ، وإن جهله فليسأل أورع العلماء بالمصالح الواجبة التقديم .

فرع حكاه ابن حزم فى المحلى قال : والقول فى هلاك الوديعة أو فى ردها إلى صاحبها أو فى دفعها إلى من أمره صاحبها بدفعها إليه قول الذى أودعت عنده مع يمينه سواء دفعت إليه ببينة أو بغير بينة لأن ماله محرم كما ذكرنا فهو مدعى عليه وجوب غرامة وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن اليمين على من ادعى عليه وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى سليمان .

وههنا خلاف فى مواضع : منها أن مالكا فرق بين الثقة وغير الثقة فرأى

أن لا يمين على الثقة وهذا خطأ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أوجب اليمين على من ادعى عليه لم يفرق بين ثقة وغير ثقة ، والمالكيون موافقون لنا فى أن نصرانياً أو يهودياً أو فاسقاً من المسلمين معلن الفسق يدعى ديناً على صاحب من الصحابة رضى الله عنهم ولا بينة له وجبت اليمين على الصاحب ولا فرق بين دعوى جحد الوديعة أو تضييعها ، والمقرض مؤتمن على ما أقرض وعلى ما عومل فيه كما أن المودع مؤتمن ولا فرق ، وفرق أيضاً بين الوديعة ببينة وبينها إذا دفعت بغير بينة فرأى إيجاب الضمان فيها اذا دفعت بينة وهذا لا معنى له لأنه لم يأت بالفرق بين ذلك قرآن ولا سنة والأيمان لا تسقط والغرامة لا تجب إلا حيث أوجبها الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم أو حيث أسقطها الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم وفرق قوم بين قول المودع أهلكت الوديعة فصدقوه إما ببينة وإما بغير بينة وبين قوله : قد صرفتها إليك فألزموه الضمان وكذلك فى قوله : أمرتنى بدفعها إلى فلان فضمنوه .

قال أبو محمد : وهذا خطأ لم يأت بالفرق بين ذلك قرآن ولا سنة والوجه فى هذا هو أن ما قاله المودع مما يسقط به عن نفسه الغرامة . ولا تخرج عين الوديعة عن ملك المودع فالقول قوله مع يمينه ، لأن ماله محرم إلا بقرآن أو سنة سواء كانت الوديعة معروفة للمودع ببينة أو بعلم الحاكم أو لم تكن « ولا فرق بين شىء مما فرقوا بينه بآرائهم الفاسدة أما إذا ادعى المودع شيئاً ينقل به الوديعة عن ملك المودع إلى ملك غيره فإنه ينظر فإن كانت الوديعة لا تعرف للمودع إلا بقول المودع فالقول أيضاً قول المودع مع يمينه فى كل ماذكر له من أمره إياه ببيعها أو الصدقة بها أو بهبتها أو أنه وهبها له وسائر الوجوه ولا فرق لأنه لم يقر له بشىء فى ماله ولا بشىء فى ذمته لا بدين ولا بتعد ولا قامت له عليه بينة ولا بتعد حق وماله محرم على غيره . وأما إن كانت الوديعة معروفة العين للمودع ببينة أو بعلم الحاكم فإن المودع مدع نقل ملك المودع عنها فلا يصدق إلا ببينة وقد أقر حينئذ فى مال غيره بما قد منع الله تعالى منه إذ يقول (ولا تكسب كل نفس إلا عليها) فهو ضامن وبالله التوفيق .

فـــرع حكاه العلامة أبو البركات الدرديــر المالكى فى الشرح الصغير إخراج المستشار الدكتور مصطفى كمال وصفى : الأموال المودعة إذا مكثت أعواماً عند المودع فتزكى بعد قبضها لكل عام حصر مدة إقامتهـا عند الأمين وهذا معنى قولــه « وتعددت بتعدده فى مودعه لا مغصــوبة ومدفونة وضائعة » وقال العلامة الصــاوى فى حاشــيته : قــوله (لكل عام مضى) أى مبتدئاً بالعام الأول فما بعده إلا أن ينقص الأخذ النصــاب ، وما ذكره من تعدد زكاة المودعة بتعدد الأعوام هو المشهور ، ومقابلة مــا روى عن مالك من زكاتها لعام واحد بعد قبضها لعــدم التنمية ، وما رواه ابن نافع من أنه يستقبل بها حولا بعد قبضها ، وقوله : بعد قبضها ، ظاهره أنه قبل القبض لا يزكيهــا وإنما تزكى بعد القبض ، واستظهر ابن عاشر أن المالك يزكيها كل عام وقت الوجوب من عنده ثم قال : فتكون الأقوال فيها أربعة مشهورها ما مشى عليــه المصنف .



قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب العارية

العارية بتشديد الياء . يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه . والعارية منه . والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهرى : نسبة إلى العارة وهو اسم من الإعارة . يقال أعرته الشيء إعارة وعارة ، مثل أطعته إطاعة وطاعة ، وأجبته إجابة وجابة . وقال الليث : سميت عارية لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهرى مثله ، وبعضهم يقول : مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهو غلط ، لأن العارية من الواو ، لأن العرب تقول : هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً . والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الأزهرى ، وقد تخفف العارية فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل ، واستعرت منه الشيء فأعارنيه . والفقهاء يذهبون دائماً إلى الأخذ بقول الجوهرى .

قال ابن قدامة : العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا جاء . ومنه قيل للبطال عيار لتردده فى بطالته اهـ .

وهو كما أوضحنا خطأ لأنه من مادة أخرى ، وقال ابن بطال الركبى الشافعى : ومنه سميت العير لذهابها وعودتها ، وهو خطأ كما قلنا ، وقال ابن الأثير مثله .

قلت : التحقيق أنها واوية فأصل عارية عورية بفتحات تخفف ياؤها وتشدد تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً أو من العرو قال الشاعر :

وإنى لتعرونى لذكراك هزة   كما انتفض العصفور بلله القطر

فأصلها عاروة بوزن فاعولة قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها والتاء فى نية الانفصال فاجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون قلبت الواو

ياء وأدغمت الياء فى الياء هذا فى المشددة وأصل المخففة عاروة فاعلة أبدلت الواو ياء لتطرفها أما تعريفها الاصطلاحى عند الفقهاء فهو تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

الاعارة قربة مندوب اليها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وروى جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من صاحب ابل لا يفعل فيها حقها الا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها ، قال رجل : يا رسول الله ما حق الابل ؟ قال : حلبها على الماء واعارة دلوها واعارة فحلها » .

فصـــل ولا تصح الاعارة الا من جائز التصرف فى المال ، فأما من لا يملك التصرف فى المال كالصبى والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف فى المال فلا يملكه الصبى والسفيه كالبيع .

فصـــل وتصح الاعارة فى كل عين ينتفع بها مع بقائها ، كالدور والعقار والعبيد والجوارى والثياب والدواب والفحل للضراب ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر اعارة دلوها واعارة فحلها . وروى أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار من أبى طلحة فرساً فركبه » وروى صفوان « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً غزاة حنين » فثبت فى هذه الأشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه) .

الشرح الأصل فى العارية الكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعـون) روى عـن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا : العوارى . وفسرها ابن مسعود فقال : القـدر والميزان والدلو ، وقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) .

وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة الوداع « العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غـارم » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن غريب ، وروى صفوان بن أمية أن النبى صلى الله عليه وسلم « استعار منه أدراعا يـوم حنين فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ، رواه أبو داود وأحمد والنسائى والحاكم وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ، ولفظه « بل عارية مؤداة » وهـو

الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل مختصراً وزاد أحمد والنسائى : « فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمنها له فقال : أنا اليوم فى الإسلام أرغب » .

وفى رواية لأبى داود « إن الأدراع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين » ورواه البيهقى عن أمية بن صفوان مرسلا ، وبين أن الأدراع كانت ثمانين ، ورواه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله، وذكر أنها مائة درع، وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث ، قال ابن حزم : أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية ، وقد سقناه فى الوكالة وسيأتى فى فصل جواز المعير الرجوع من تخريجه مزيد بعد قليل .

أما حديث جابر فى الفصل رواه أحمد ومسلم ، فقد استوفى الكلام عليه الإمام النووى فى كتاب الزكاة من المجموع .

وأما الإجماع فقد انعقد من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها لأنها من القربات وقد ذهبت الحنفية إلى وجوبها من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن استحساناً عند الثلاثة وفى قول زفر قبولها ركن وهو مقتضى القياس عندهم وهو اختيار صاحب البدائع .

وأما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمنافع . ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً ، لأنه سبحانه قال « لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس » والعارية من المعروف ، وقال « وتعاونوا على البر والتقوى » والعارية من البر والماعون .

والماعون كان متعارفا عليه فى الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قليل أو كثير قال الأعشى :

بأجود منه بماعونه إذا ما سماؤهم لم تغم

وفى الإسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعى :

أخليفــة الرحمــن إنا معشر حنفاء نســجد بكرة وأصيلا
عــرب نرى لله فى أموالنــا حــق الزكاة منــزلا تنــزيلا
قوم على الإسلام لما يمنعوا ما عونهم ويضــيعوا التهليلا

اما الأحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء : معير ومستعير ومعار ، فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز من غير مالك ولا ممنوع من التصرف . وأما المستعير فكل من صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة . وأما المعار فهو كل مملوك صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات ، لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب وبيان حكم العقد فى موضعين (أحدهما) بيان أصل الحكم (والثانى) بيان صفته .

فأما الأول فهو إباحة المنفعة للمستعير بغير امتلاك وعنــد أبى حنيفة وأصحابه يملك المستعير المنفعة بغير عوض أما هو فانه ملحق بالمنفعة عرفــاً وعادة حتى إنه يملك المستعير الاجارة .

ودليلهم أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها .

والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكاً لا إباحة كما فى الأعيان وإنمــا صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنــازعة (أنها عقد جائز غير لازم) .

ووجه قولنا دلالة الاجماع والمعقول (أما الاجماع) فلجواز العقــد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة ، وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت له الملك فى المنفعة لملك كالمستأجر (وأما المعقول) فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لأن بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد ، والمعدوم لا يحتمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان .

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت بوجوده عند

العقد في باب الاجـارة حكماً للضرورة ، ولا ضرورة إلى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم .

فأما الفضة والذهب فتنقسم ثلاثة أقسام : قسم يجوز إعارته وإجارته وهو الحلى لاباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ، وقسم لا تجوز إعارته ولا إجارته، وهو الأوانى المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وقسم تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير ، لأن فى التجمل بهما نفعاً ، والفرق بين العارية والإجارة وإن اختصا بملك المنفعة أن حـكم العـارية أوسع من حكم الإجارة ، لأنه يجوز أن يستعير فحـل ضراب ولا يجـوز أن يستأجره .

والحيوان على أربعة أقسام (أحدها) ما يجوز إعارته وإجارته ، وهـو كل ما يقتنى للمنفعة ، كالدواب للانتفاع بظهـورها ، والجـوارح المنتفع بصيدها .

(والثانى) مالا يجـوز إعارته ولا إجارته ، وهـو نوعان (أحدهما) ما كان محرماً .

(والثانى) ما كانت منفعته عينا ، فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة ، فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤاجر ، وأما ما كانت منفعته عيناً فذات الدر من المواشى كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص العارية والإجارة بالمنافع دون الأعيان ، ولكن يجوز أن تمنح .

قال الشافعى : والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحاً . وروى الشافعى عن مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح بأجر » .

(والقسم الثالث) ما يجوز إعارته ولا يجـوز إجارته كالفحـول إذ إجارتها ثمن لعسبها ، وقد نهى رسـول الله صلى الله عليـه وسلم عن ثمن عسب الفحل .

(والقسم الرابع) ما تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان ، وهو ما انتفع به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب ، وإذا صحت إعارة البهائم دون إجارتها فعلفها ومؤنتها على المالك دون المستعير والمستأجر ، لأن ذلك من حقوق الملك ، والله تعالى أعلم .

فرع قال الإمام ابن حزم فى المحلى : العارية جائزة وفعل حسن وهى فرض فى بعض المواضع ، وهى إباحة منافع بعض الشيء كالدابة للركوب « والثوب للباس والفأس للقطع ، والقدر للطبخ ، والمقلى للقلو والدلو والحبل والرحى للطحن والإبرة للخياطة وسائر ما ينتفع به ، ولا يحل شيء من ذلك إلى أجل مسمى،لكن يأخذ ما أعار متى شاء ومن سألها إياه محتاجاً ففرض عليه إعارته إياه وثق بوفائه فإنه لم يأمنه على إضاعة ما يستعير أو على جمعه فلا يعره شيئاً . أما كونها فرضاً لقوله تعالى :

(ويمنعون الماعون) فتوعد عز وجل من منع الماعون بالويل روينا من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضى نا حجاج بن المنهال نا حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن زر بن حبيش عن ابن مسعود فى قوله تعالى (ويمنعون الماعون) قال : هو العوارى ، القدر ، والدلو ، والميزان ثم قال : ومن طريق يحيى بن سعيد القطان عن جابر بن صبح حدثتنى أم شراحيل قالت : قالت لى أم عطية : اذهبى إلى فلانة فأقرئيها السلام وقولى لها إن أم عطية توصيك بتقوى الله ولا تمنعى الماعون قالت : فقلت : ما الماعون ؟ فقالت لى : هبلتهى المهنة يتعاطاها الناس بينهم » . ثم نقل بإسناده عن سعيد بن عياض عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : الماعون منع القدر والفأس والدلو . ومن طريق ابن علية عن ليث عن ابن إسحاق وهؤلاء كلهم حجة فى اللغة . وروينا عن ابن عمر : هو المال يمنع حقه . وهو موافق لما ذكرناه وهو قول عكرمة وإبراهيم وغيرهما وما نعلم عن أحد من الصحابة خلافاً لهذا ، فإن قيل : قد روى عن على رضى الله عنه أنها الذكاة قلت : نعم ولم يقل ليست العارية ثم قد جاء عنه أنها العارية فوجب جمع قوليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذى رحم محرم ، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها ، فان كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم ، لأنه يؤمن عليها الفساد ، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر ، لأنه لا يجوز أن يخدمه . ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم ، لأنه لا يجوز له امساكه ولا التصرف فيه . ويكره أن يستعير أحد ابويه للخدمة ، لانه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك .

فصـــل ولا تنعقد الا بايجاب وقبول لأنه ايجاب حق لآدمى فلا يصـــح الا بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، فان قال المستعير : أعرنى فسلمها اليه انعقد ، وان قال المعير : أعرتك فقبضها المستعير انعقد ، لأنه اباحة للتصرف فى ماله ، فصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، كاباحة الطعام) .

الشرح هذا الفصل فيه من محاسن الإسلام فى معاملة السبى ، وهو ظاهرة اجتماعية عالمية جاء الإسلام لتصفيتها بالتقرب إلى الله تعـالى بفك رقابها ، ومن ذلك أن المرء إذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز إعارتها لخدمة آخر حتى لا يؤدى ذلك إلى إغرائه بأن ينزو عليها ، ويسرى هذا الأمر على الخادمات اللاتى يغشين المنازل فى زماننا هذا لأداء بعض الخدمة وإعانة ربات البيوت على بعض ما يشق عليهن . فلا يجوز إعارة مثل هؤلاء الخادمات إذا كن جميلات ، كما يكره للرجل أن يتحرى أن تكون خادمته ذات جمال ، كما لا يجوز للمرء أن يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته ، وهذا الحكم فى شكله الذى سقناه هو الملائم الآن . لما يجرى عليه العمل ، بعد إبطال الرق فى الناس واصطفاق الناس على ذلك .

فـــرع العارية عقد كباقى عقود التمليك وهى كما عرفناها امتلاك منفعة مؤقتة بلا عوض لأنهـا لو كانت بعوض لكانت إجارة فلو كانت بغير تمليك المنفعة لكانت وديعة ولو كانت المعاوضة على عين العارية لكانت بيعاً ، ومن ثم تنعقد بالإيجاب والقبول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا قبض العين ضمنها ، لما روى صفوان ((أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين ، فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة)) ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة ، فضمنها كالمغصوب فان هلكت نظرت ، فان كان مما لا مثل له ففى ضـــمانها وجهان :

(أحدهما) يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب ، وتصير الأجزاء تابعة للعين ان سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء .

(والثانى) أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح ، لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف أوجبنا ضمان الأجــزاء التالفة بالاذن ، وهذا لا يجوز ، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وان كان مما له مثل .

فان قلنا فيما لا مثل له : انه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلهــا ، وان قلنا : انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها .

واختلف أصحابنا فى ولد المستعارة فمنهم من قال : انه مضمون لانهـــا مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة ، ومنهم من قال : لا يضمن : لأن الولد لم يدخل فى الاعارة فلم يدخل فى الضمان ، ويخالف المغصوبة ، فان الولد يدخل فى الغصب فدخل فى الضمان ، فان غصب عيناً فأعارها من غيره ، ولم يعـلم المستعير وتلفت عنده ، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب ، لأنه دخل على أنه يضمن العين ، وان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجـــع على الغاصب ؟ فيه قولان ، بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى غيره .

(أحدهما) يرجع لأنه غره .

(والثانى) لا يرجع ، لأن المنافع تلفت تحت يده) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : العارية كلها مضمونة ، الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شىء منها ، فمن استعـــار شيئاً فتلف فى يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له ، والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة ، فما كان منها مضمونا مثل الغصب وما أشـــبهه فســـواء ما ظهر منها هلاكه وما خفى فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنيا فيه أو لم يجنيا ، أو غير مضمونة مثل الوديعة فسواء ما ظهر هلاكه وما خفى فالقول

فيها قول المستودع مع يمينه ، وخالفنا بعض الناس فى العـارية فقال : لا يضمن شيئا إلا ما تعدى فيه ، فسئل من أين قاله ؟ فزعم أن شريحاً قاله ، وقال : ما حجتكم فى تضمينهـا ؟

قلنا : استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « عارية مضمونة مؤداة » قال : أفرأيت إذا قلنا : فإن شرط المستعير الضمان ضمن وإن لم يشترطه لم يضمن ؟

قلنا : فأنت إذن تترك قولك . قال : وأين ؟ قلنا : أليس قولك : إنها غيرمضمونة إلا أن يشترط ؟ قال : بلى ، قلنا : فما تقول فى الوديعة إذا اشترط المستودع أنه ضامن أو المضارب ؟ قال : لا يكون ضامناً قلنا : فما تقول فى المستسلف إذا اشترط أنه غير ضامن ؟ قال : لا شرط له ولا يكون ضامناً ، قلنا : ويرد الأمانة إلى أصلها والمضمون إلى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعاً ؟ قال : نعم ، قلنا : وكذلك ينبغى لك أن تقول فى العـارية ، وبذلك شرط النبى صلى الله عليه وسلم أنها مضمونة إلا لما يلزم . قال : فلم شرط ؟ قلنا : لجهالة صفوان ، لأنه كان مشركا لا يعرف الحكم ، ولو عرفه ما ضر الشرط إذا كان أصل العارية أنهـا مضمونة بلا شرط ، كمـا لا يضر شرط العهدة وخلاص عقدك فى البيع ، ولو لم يشترط كان عليه العهدة والخلاص أو الرد ، قال : فهل قال هذا أحد ؟ قلنا : فى هذا كفاية ، وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضى الله عنهما : « إن العارية مضمونة » وكان قول أبى هريرة فى بعير استعير فتلف : إنه مضمون اهـ .

وقال الماوردى فى الحاوى : فتمامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى تلف العارية : اختلفوا فى تلف عينها على خمسة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها مضمونة عليه سـواء تلف بفعل

آدمى أو بجائحة سماوية ، وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

(والثانى) وهو مذهب أبى حنيفة أنها غير مضمونة عليه إلا بالتعدى وبه قال الحسن البصرى والنخعى والأوزاعى وأبو محمد على بن حزم وسيأتى ما قاله .

(والثالث) وهو مذهب مالك : إن كان مما يخفى هلاكه ضمن ، وإن كان مما يظهر لم يضمن .

(والرابع) وهو مذهب الشيعة : إن تلفت بالموت لم يضمن ، وإن تلفت بغيره ضمن .

(والخامس) وهو مذهب قتادة وعبيد الله الحسن العنبرى وداود بن على : إن شرط ضمانها لزم ، وإن لم يشترط لم يلزم ، واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » وهذا نفى ، وبرواية عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعا فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : « بل مؤداة » قالوا : فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها ، قالوا : ولأنه مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمنه المستعير قياساً على تلف الأجزاء ، قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع طرداً والغصوب عكساً . وقال ابن حزم فى حديث صفوان : فهذا حديث حسن ليس فى شيء مما روى فى العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساوى الاشتغال به وقد فرق فيه بين الضمان والأداء فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص .

دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وهذا تضمين ، ثم ساق الماوردى حديث صفوان المار كدليل آخر ، فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالودائع

التى هى مضمونة الرد ، وليست مضمونة العين ، قيل : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمـان ، على أنه روى عنـه صلى الله عليـه وسلم « عارية مضمونة مؤداة » وكان الأداء محمولا على الرد والضمان على التلف ، ثم يجيب صاحب الحاوى على اعتراضات المخالفين فيقول عن حديث « ليس على المستعير غـير المغل ضمان » الجواب من وجهين .

(أحدهما) أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال وهـذا وإن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المخصصة .

(والثانى) أن المغل فى هذا الموضوع ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول وإنما هو مأخوذ من استغلال الغلة ، يقال : هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة .

قال زهير بن أبى سلمى :

فتغل لكم مالا تغل لأمثالها   قرى بالعراق من قفيز ودرهم

فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أى غير القابض لأنه بالقبض يصير مستغلا وهذا صحيح ، وأما الجواب عن « عارية مضمونة أو مؤداة ؟ » فهو أن معناه عارية مضمونة بالبدل ، أو مؤداة العين استعلاماً لحكمها هل تؤخذ على طريق البدل والمعاوضة ، أو على طريق الرد والأداء ؟ فأخبر أنهـا مؤداة العين ، ولا يملكها الآخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس لم يضمنه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس المأذون فيه كأن شـد فيها متاعا أو حمل فيها تراباً ضمن ، وعند أحمد فى أظهر القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس .

فـرع ذكرنا مذاهب العلماء وقلنا : إن داود بـن على ذهب مع

القائلين بأنه إن شرط ضمانها لزم وقد خالفه فيما ذهب إليه صاحبه أبو محمد بن حزم فقال :

وأما من قال : لا ضمان على المستعير إلا أن يشترط عليه الضمان فهو قول قتادة وعثمان البتى رويناه من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة . قال أبو محمد : وهذا باطل لأنه شرط ليس فى كتاب الله عزوجل فهو باطل ولقد كان يلزم الحنفيين والمالكيين المجيزين الشروط الفاسدة بالخبر المكذوب (المسلمون عند شروطهم) أن يقولوا بقول قتادة ههنا ولكن لا مؤنة عليهم من التناقض فبطل هذا القول أيضاً ولم يبق إلا قول من ضمنها جملة أو قولنا فنظرنا فى قول من ضمنها جملة فوجدنا ما روينا من طريق عبد الرزاق نا ابن عيينة هو سفيان — عن عمرو بن دينار عن ابن أبى مليكة . وعبد الرحمن بن السائب قال ابن أبى مليكة عن ابن عباس وقال ابن السائب عن أبى هريرة قالا جميعاً : العارية تغرم . ومن طريق ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن ابن عمر أنه كان يضمن العارية . ومن طريق معمر عن ابن طاوس عن أبيه قال فى قضية معاذ بن جبل : العارية مؤداة . وكان شريح يضمن العارية وضمنها الحسن ثم رجع عن ذلك وصح عن مسروق أيضاً وعن عطاء بن أبى رباح وذكره ابن وهب عن يحى بن سعيد الأنصارى وربيعة وذكرا أنه قول علمائهم الذين أدركوا وبه كانوا يقضون وذكره أيضاً عن سليمان بن سيار وعمر بن عبد العزيز ومكحول وقال الزهرى : أجمع رأى القضاة على ذلك إذا رأوا شرور الناس وبهذا يقول الشافعى وأحمد بن حنبل وأصحابهما واحتجوا بقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) فقلنا لهم تضمنوا بهذه الآية الوديعة فقد ضمنها عمر وغيره ونعم هو مأمور بأدائها ما دام قادراً على أدائها فإن عجز عن ذلك فالله تعالى يقول (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فإذ ليس فى وسعه أداؤها فهو غير مكلف ذلك وليس فى هذه الآية تضمين ، لأن أداء الغرامة هو غير أداء الأمانة فلا متعلق لكم بهذه الآية أصلا لأنه ليس فيها أداء غيرها ولا ضمانها ثم ضعف ابن حزم خبر « العارية مؤداة » « والزعيم غارم » فانظر كيف تساق الأدلة ثم ينقضها ولله فى خلقه شئون .

فــرع لا يخلو حال العارية إذا تلفت عن أحد أمرين ، أمـا أن يكون لها مثل أو لا مثل لها ، فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمة ، وفيهـا وجهان .

(أحدهما) يضمن قيمتها يوم التلف ليسقط ضمان الأجـزاء التـالفة بالاستعمال .

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالغصب ، وتصير الأجزاء تبعا لجملة ، فإن كان للعارية مثل ففيما يضمنها به وجهان بناء على صفة ضمان مالا مثل له .

(أحدهما) يضمنها بالمثل إذا جعل ضمانها فى أكثر الأحوال كالغصب .

(والثانى) يضمنها بالقيمة إذا جعل ضمانها وقت التلف .

فأما ما تنتجه العارية من ولد إذا حدث فى يد المستعير ففى وجـوب ضمانه عليه وجهان :

(أحدهما) عليه ضمانه لأن ولد المضمون مضمون كالمغصوبة .

(والوجه الثانى) لا ضمان عليه لأن معنى الضمان فى الأم معدوم فى الولد بخلاف الغصب لأن ولد العارية لا يكون مستعاراً ، وولد المغصوبة يكون مغصوبا .

وأما قول الشافعى فى موضع من كتاب الإجارات : إن العـارية غـير مضمونة إلا بالتعدى ـ وهو ما أشرنا إليه فى كتاب الضمان ـ فليس بقول ثان فى سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع ، وهو محمول على أحـد ثلاثة أوجه ، إما على سقوط ضمان الأجرة ، أو على سقوط ضمان الأجزاء أو حكاية عن مذهب غيره قال : يجوز نكاح المحرم حكاية عن مذهب غـيره وفرع عليه وإن لم يعلنه مذهباً لنفسه والله أعلم .

وهذا ما يتعلق بالغصب فى هذا الفصل آت إن شـاء الله فى الغصب ومن الله التوفيـق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للمعير أن يرجع فى العارية بعد القبض ، ويجوز للمستعير أن يرده لأنه اباحة فجاز لكل واحد منهما رده كاباحة الطعام . واذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحا ، فقال:أعارية مؤداة ؟ قال : عارية مؤداة » ويجب ردها الى المعير أو الى وكيله ، فان ردها الى المكان الذى أخذها منه لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده الى المالك أو الى وكيله كالمغصوب والمسروق) .

الشرح خبر دروع صفوان أخرجه الحاكم عن ابن عباس كما رويناه من طريق أحمد بن شعيب النسائى أنا عبد الرحمن بن محمد بن سلام نا يزيد بن هارون أنا شريك ــ هو ابن عبد الله القاضي ــ عن عبد العزيز بن رفيع عـــن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعاً فقال : غصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة » إلا أن شريكا يقول فيه ابن حزم : مدلس للمنكرات إلى الثقات وقـــد روى البلايا والكذب الذى لاشك فيه عن الثقات . (قلت) ولشريك مواقف من ذوى السلطان فيها دهاء وبلاء قال ابن عدى : حدثنا أبو العلاء الكوفى بمصر حدثنا محمد بن الصباح الدولابى حدثنا نصر بن المجدر قال : « كنت شاهداً حين أدخل شريك ومعه أبو أمية الذى رفع إلى المهدى أن شريكا حدث عن الأعمش عن سالم عن ثوبان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : استقيموا لقريش ما استقاموا لكم ، فإذا زاغوا عن الحق فضعوا سيوفكم على عواتقكم ثم أبيدوا خضراءهم فقال المهـــدى : أنت حـــدثت بهذا ؟ قال : لا . قال أبو أمية على المشى إلى بيت الله وكل مالى صدقة إن لم أكن سمعته منه . قال شريك : على مثل الذى عليه إن كنت حدثته ، فكأن المهدى رضى ، فقال أبو أمية : يا أمير المؤمنين ، عندك أدهى العـــرب إنما عنى الذى على مـــن الثياب قال : صدق ، احلف كما أحلف فقال : قد حدثته . فقال : ويل شارب الخمر ــ يعنى الأعمش ــ وكان يشرب المنصف ــ لو علمت موضع قبره لأحرقته » .

« قال شريك : لم يكن يهوديا ، كان رجلا صالحا . فقال : زنديق ؟ فقال

للزنديق علامات بتركه الجماعة وجلوسه مع الفتيان وشربه الخمر قال : والله لأقتلنك . قال : ابتلاك الله بمهجة . قال : أخرجوه ، فأخرج فجعل الحرس يشقون ثيابه ويخرقون قلنسوته ا هـ .

ومن طريق الحارث بن أبى أسـامة نا يحى بن أبى بكير نا نافع عـن صفوان بن أمية أنه استعار منه النبى صلى الله عليه وسلم سلاحاً فقال : مضمونة . وآفة هذه الرواية الحارث وهو متروك ويحيى بن أبى بكير لم يدرك نافعاً وأعلى من عنده شعبة ولا نعلم لنافع سماعاً من صفوان أصلا، والذى لاشك فيه فإن صفوان مات أيام عثمان قبل الفتنة ، ومن طريق ابن وهب عن أنس بن عياض عن جعفر بن محمد عن أبيه أن صفوان بن أمية « أعار رسول الله صلى الله عليه وسلم سلاحاً فقال : أعارية مضـمونة أم غصب ؟ فقال : بل عارية مضمونة » وهذا منقطع لأن محمد بن على لا ولد له إلا بعد موته بدهر . وأخرجه مسدد شيخ البخارى نا أبو الأحوص نا عبد العزيز ابن رفيع عن عطاء بن أبى رباح عن ناس من آل صفوان بن أمية « استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان سلاحاً فقال صفوان : أعارية أم غصب ؟ قال : بل عارية ففقـدوا منها درعاً ، فقال رسـول الله ﷺ : إن شئت غرمناها لك فقال : يا رسول الله إنه فى قلبى من الإيمان ما لم يكن يومئذ » هذا عن ناس لم يسموا .

ومن طريق أحمد بن شعيب النسائى أنا أحمد بن سليمان نا عبيد الله بن موسى أنا إسرائيل عـن عبـد العزيز بن رفيع عـن ابن أبى مليكة عـن عبـد الرحمن بن صفوان بن أمية « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية دروعاً فهلك بعضها فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم إن شئت غرمناها لك قال : لا يا رسول الله » . ومن طـريق ابن وهب عن ابن جريج ويونس وعبيد الله بن عمر قال ابن جريج عن عطاء وقال يونس عن ربيعة وقال ابن عمر عن الزهرى فذكر دروع صفوان وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « بل طوعاً وهى علينا ضامنة » .

هذا مرسل . وقد ذهب ابن حزم إلى تضعيف جميع الروايات التى تدل

على تضمين العارية كي يخلص إلى أنها ليست مضمونة . والأخبار التى سقناها مع ما لم نسقه يفيد الحجية فإن المرسل الصحيح إذا ظاهرته موصولات بهذه الكثرة كانت هذه الكثرة بذاتها مفيدة لحسن الخبر فإذا انضم إليها المرسل الصحيح ارتفعت إلى درجة الصحة . أما احتجاج ابن حزم بما أخرجه أحمد بن شعيب النسائى أنا إبراهيم بن المعتمر نا حبان بن هلال نا همام بن يحيى نا قتادة عن عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتتك رسلى فأعطهم درعاً وثلاثين بعيراً فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة ؟ قال : بل عارية مؤداة » قال : فهذا حديث حسن ليس فى شىء مما روى فى العارية خبر يصح غيره ، وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب فى العارية الأداء فقط .

ولنا أن كل ما يقبضه بعض الناس من بعض من الأموال ينقسم إلى ثلاثة أقسام (أحدها) مافيه منفعة للدافع دون المدفوع إليه كالوديعة والوكالة فهذا غير مضمون فوجب أن يكون كل ما فى هذا الباب كذلك .

(الثانى) ما فيه منفعة للدافع والمدفوع إليه معاً كالقراض وقد ثبت أنه غير مضمون باتفاق فوجب أن يكون الرهن وكل ما فى هذا الباب كذلك.

(الثالث) ما فيه منفعة للمدفوع إليه دون الدافع كالقرض وقد صح الإجماع على أنه مضمون فوجب أن تكون العارية وكل ما فى هذا الباب كذلك .

ولم يستطع العلامة ابن حزم أن يدفع هذه الكليات الثلاث إلا بأن يتهكم بها مع تسليمه بقوتها إذ يقول رحمه الله : وهذا قياس والقياس كله باطل إلا أنه من المليح المموه من مقاييسهم وإنهم ليسفكون الدماء ويبيحون الفروج والأبشار بأقل من هذا كقياسهم فى القذف وفى جلد الشارب قياساً على القاذف والقود للكافر من المؤمن ، وفاعل فعل قوم لوط وسائر قياساتهم إلا أننا نعارض هذا القياس بمثله ، وهو أن العارية دفع مال بغير عوض

كالوديعة ، وأيضا فان ما يلى منها فى اللباس وفيما استعيرت له فنقص منها بلا تعد فلا ضمان فيه فكذلك سائر النقص وهـذا كله وساوس نعوذ بالله من الحكم بهـا فى دينه .

قلت : ليس فى اعتراضات ابن حزم ما يدفع حججنا بضمان العـارية . مثل النقص الحادث من الاستعمال فانه معفو عنه ولا ضمان فيه وإنما الضمان فى عينها وفيما تفاحش من سوء استعمالها . ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لأن العين اسـم المصورة والمعنى وبالهلاك عجز عن رد الصورة .

اذا ثبت هذا فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخـلاف المسـتأجر ، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة فى الإجارة مستحق على المؤاجرة فكانت مؤنة الرد عليه وتسليمها فى العارية هبة للمستعير فكانت مؤنة الرد عليه . إذا لم يعجز عن رد المعنى ؛ لأن قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ، ولأنه قبض مال القود لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء .

فـــرع فى مذاهب العلماء فيما تقدم : مذهبنا أن المستعير إذا رد العارية إلى حظيرة المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى المعير أو وكيـله فيها وقال أبو حنيفة : يبرأ منها بردها إلى الاصطبل إستحساناً لا قياسـاً ، وهذا خطأ لأن الاصطبل لو كان كيده لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها إليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها إلى يده ، وفى بقـاء الضمان عليه دليل على أن ليس إلى الاصطبل عوداً إلى يده .

وقالت الحنابلة : إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله فى قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها إلى من جرت عادتـه بجريان ذلك على يده كزوجته المتصرفة فى صالحه ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن استعار عينا جاز له أن يستوفى منفعتها بنفسه وبوكيله ، لأن الوكيل نائب عنه ، وهل له أن يعير غيره ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر . (والثانى) لا يجوز وهو الصحيح ، لأنه اباحة فلا يملك بها الاباحة لغيره كاباحة الطعام ، ويخالف المستأجر فانه يملك المنافع. ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض ، فملك نقله الى غيره ، كالمشترى للطعام والمستعير لا يملك ، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه فلا يملك نقله الى غيره كمن قدم اليه الطعام) .

الشرح إذا استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله ، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنـافع فلا يصح أن يملكها غيره ، لأن المستعير لا يملك العين ، وليس للمستعير استعمال المعار إلا فيما أذن له فيــه ، وليس له أن يعيره غيره . وهذا هــو الوجــه الأصح عندنا ، ولا قول غيره عند الحنابلة .

والوجه الآخر له ذلك ــ وهو قول أبى حنيفة ــ لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كما للمستأجــر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأى : إذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليــه .

وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليــه .

ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غــيره كإباحة الطعام ، وفارق الإجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفى العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكــل الطعام ، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب مــن شاء منهما ، لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه . والثــانى استوفاه بغير إذنه فان ضمن الأول رجع على الثانى ، لأن الاستيفاء حصــل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول إلا أن يكون

الثانى لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول لأنه غـر الثانى . ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض ، وإن تلفت العين فى يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال ، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فان رجع على الأول رجع الأول على الثانى . وإن رجع على الثـانى لم يرجع على أحد على القولين (والثانى) له أن يرجع ، وسيأتى فى الغصب إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتجوز الاعارة مطلقا ومعينا ، لأنه اباحة فجاز مطلقا ومعينـا كاباحة الطعام ، فان قال : أعرتك هذه الأرض لتنتفع بها ، جاز له أن يزرع ويغرس ويبنى ، لأن الاذن مطلق ، وان استعار للبناء أو الغرس جاز له أن يزرع لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس والبناء فاذا رضى بالبناء والغـراس رضى بالزرع .

ومن أصحابنا من قال : ان استعار للبناء لم يزرع ، لأن فى الزرع ضرراً ليس فى البناء ، وهو أنه يرخى الأرض ، وان استعار الزرع لم يغرس ولم يبن لأن الغراس والبناء أكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن فى الزرع اذناً فى الغراس والبناء .. وان استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة ؛ لأن الرضى بزراعة الحنطة رضى بزراعة مثله .. وان استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما ، وهل يملك الآخر ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه يملك الآخر ، لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الاذن فى أحدهما اذنا فى الآخر . (والثانى) أنه لا يجوز ، لأن فى كل واحد منهما ضررا ليس فى الآخر . فان ضرر الغراس فى باطن الأرض أكثر ، وضرر البناء فى ظاهر الأرض أكثر ، فلا يملك بالاذن فى أحدهما الآخر) .

الشرح تجوز الإعارة مطلقا ومقيداً لأنها إباحة فجاز فيهـا إباحة ذلك كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر فى العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيح له الانتفاع به فى كل ما هو مســتعد له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ماهى معدة له من الانتفاع لأن الإذن مطلق ، وإن اعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن ؛ لأن ضررهما أكثر ، فلم يكن

الإذن فى القليل إذناً فى الكثير . وإن استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما وفى امتلاك الآخر وجهان .

(أحدهما) يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الإذن فى أحدهما إذناً فى الآخر .

(والثانى) لا ، لاختلاف كل منهما ولأن ضررهما مختلف فإن ضرر الغراس فى باطن الأرض لانتشار العروق فيها ، وضرر البناء فى ظاهرها فلم يكن الاذن فى أحدهما إذناً فى الآخر .

وإن استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ماهو أقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه ، وفى الاجارة مزيد إن شاء الله تعالى .

ولما كانت بعض النباتات تجهد الأرض مثل القطن ، ولذا تحتاج إلى تسميد وسباخ وبعضها وبعضها يفيد الأرض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الأرض ويكسبانها مادة (الأزوت) . وفى البرسيم ميزة أخرى وهى تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فتحدث أنفاسها ، وبخاصة أنفاس الغنم ، وكذلك الماشية تسميداً للأرض يكسبها قوة ويكمل فى التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والخصب مالا يتوفر فى الذرة والقمح والقطن التى تضعف خصوبة التربة ، ولهذا فان اختلاف ضرر الأرض أو انتفاعها يختلف باختلاف مزروعها . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أعاره أرضا للغراس او البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز أن يغرس ويبنى شيئاً آخر ، لأنه يملك الغراس والبناء بالاذن وقد زال الاذن.

فأما ما غرس وبنى فينظر فان كان قد شرط عليه القلع ــ أجبر على القلع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأنه رضى بالتزام الضرر الذى يدخل عليه بالقلع ، فاذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط عليه القطع رضى بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص ، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه ، وان لم يشرط القلع نظرت فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع ــ قلع . لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار ، فوجب ردها ، فان نقصت قيمة الغراس والبقاء بالقلع نظرت ــ فان اختار المستعير القلع ــ كان له ذلك . لأنه ملكه فملك نقله .

فاذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا تلزمه ، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع ، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية ، كما لو شرط القلع . (والثانى) تلزمه لأن القلع باختياره فانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض ؛ كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس ، وان لم يختر القلع نظرت ــ فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض ــ أجبر المستعير عليه ، لأنه رجوع فى العارية من غير اضرار ، وان ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لأنه رجوع فى العارية من غير اضرار .

وان بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض ، وبذل المستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغراس قدم المعير ، لأن الغراس يتبع الأرض فى البيع فجاز أن يتبعها فى التملك ، والأرض لا تتبع الغراس فى البيع فلم تتبعه فى التملك ، وان امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير اجرة الأرض لم يجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس لعرق ظالم حق » وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق ، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الاضرار به فى قلعه ، وان لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان : (أحدهما) : لا يقلع لأن الاعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان . (والثانى) يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير اجرة .

فصل اذا أقررنا الغراس فى ملكه فأراد المعير ان يدخل الى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه . لأن الذى استحق المستعير من الأرض موضع الغراس . فأما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله وان أراد المستعير دخولها نظرت فان كان للتفرج والاستراحة لم يجز ، لأنه قد رجع فى الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن ، وان كان لاصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان : (أحدهما) : لا يملك لأن حقه اقرار الغراس والبناء دون ما سواه . (والثانى) : انه يملك ، وهو الصحيح لأن

الاذن فى الغراس اذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره ، وان اراد المعير بيع الأرض جاز لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها ، وان اراد المستعير بيـــع الغراس من غير المعير ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره . (والثانى) لا يجـــوز لأن ملكه غير مستقر ، لأن للمعير ان يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذهما ، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشترى بيعه ، وان جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة) .

الشرح حديث « المؤمنون عند شروطهم » أخرجه البخـارى بلفظ « المسلمون عند شروطهم » فى كتـاب الاجارة تعليقاً بصيغة التوكيد وقال القسطلانى : وهذا روى من حديث عمرو بن عوف المزنى عند إسحق يعنى ابن راهويه ــ فى مسنده ومن حديث أبى هريرة عند أبى داود وأحمد والحاكم وأخرجه الترمذى بلفظ « والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا » أما حديث « ليس لعرق ظالم حق » فقد أخرجه البخارى فى الحرث وأبو داود فى الاجارة والترمذى فى الأحكام والموطأ فى الأقضية وأحمد فى مسنده .

أما الشروط فإنها جمع شرط وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته فخرج بالقيد الأول المانع فإنه لا يلزم من عدمه شىء وبالثانى السبب فانه يلزم من وجوده الوجود وبالثالث مقارنة الشرط للسبب فيلزم الوجود كوجود الحول الذى هــو شرط لوجوب الزكاة مع النصاب الذى هو سبب للوجوب .

ومقارنة المانع كالدين على القول بأنه مانع من وجوب الزكاة فيلــزم العدم والوجود فلزوم الوجود والعــدم فى ذلك لوجـوب السبب والمانع لا لذات الشرط ثم هو عقلى كالحياة والعلم وشرعى كالطهارة للصلاة وعادى كنصب السلم لصعود السطح ولغوى وهو المخصص كما فى أكرم بنى إن جاء وأى الجائين منهم فنعدم الإكرام المأمور به بانعدام المجىء ويوجد بوجوده إذا امتثل الأمــر .

أما الأحكام فقد قال صاحب الحاوى إذا قبض المستعير الأرض للغرس

والبناء ثم رجع المعير فإن كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من غرسها وبنائها ، فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان فى حكم الغاصب يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الأرض ، فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة فى غرسه وبنائه ، فإن أحدث زيادة أجبر على قلعها . فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان :

(إحداهما) أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبناءه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » ولأن رضاه بهذا الشرط التزام منه للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضامن لنفسه ، ولم يكن مغروراً بغيره .

(والحال الثانية) أن لا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أو أكثر ، فيؤخذ المستعير بالقلع ، لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع . والضرب الثانى : أن يكون قيمته مقلوعا أقل ، فإن بذل المعير قيمته قائماً أو بذل نقص ما بين قيمته مقلوعاً وقائماً منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه ، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش ، فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لأمرين .

(أحدهما) أن الأرض أصل والغرس تبع فكان ملك الأصل أقوى .

(والثانى) أنه أسبق ملكاً ، وقيل للمستعير : لا يجوز مع زوال الضرر عنك أن تدخل الضرر على المعير بالترك ، فإن أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع فاذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه لأنه مأذون فيه ، فأشبه بلى الثوب باللبس (والوجه الثانى) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذا بنقصه .

فــرع إذا امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير مــن القلع فقد اختلفوا فى حكمه على ثلاثة مذاهب :

(أحدها) وهو قول أبى حنيفة أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقررة أو مطلقة لحديث « العارية مؤداة » وقد مضى تاماً مخرجاً آنفاً .

(والثانى) وهو قول أبى إبراهيم المزنى أنه إن كانت العارية مطلقة تترك وإن كانت مقدرة بمدة قلع بعدها ، فرقا بين المطلقة والمقيدة . لأنه المقصود فى اشتراط المدة .

(والثالث) وهو قول الشافعى أنه يقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع فى العارية لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العــارية إرفاق ومعونة فلو أوجبت بالإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرفاق والمعونة إلى حكم العدوان والضرر .

فــرع إذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فإقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المعير على المبيع من ترك القيمة ، فصار إقراره مستحقاً بهذين الشرطين فإن أجاب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع،لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الإجارة وما استدام وجب الإقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضــه ، وإن كان مستظلا بغرسه وبنائه ـــ لأن الأجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء ، فأما البياض الذى بين أثنائه فليس بمشغول بملك المستعير فله يجز منع المعير منه ، وإن بذلت له الأجرة عليه أن يجيب إلى إجارتها طوعا بمسمى يرضاه فيكون كمن أجر أرضه مختاراً . فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يستحق الدخول لأرض المعير .

(والوجه الثانى) وهو قول أبىعلى بن أبى هريرة : إنه يستحق دخول

الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه فى مراعاته ومصلحته ؛ ويجبر المعير على تمكينه لأن الاذن بالغرس والبناء إذن به وبمنافعه فإن مات وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله إلا باستحداث عارية وإلى ما سبق ذهب الحنابلة .

فرع وإذا أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير ففى جوازه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه مملوك ، وليس للمعير أن يأخذ المشترى بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير (والوجه الثانى) أن بيعه لا يجوز ، لأن المشترى غير مستعير ، وترك ما اشتراه غير مستديم ؛ لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه ، وهذان الوجهان من اختلافهم فى المستعير هل يجوز له أن يعير ؟

فرع وللمعير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة ، لأن بين الغراس أرضا بيضاء ليست عارية ، وليس لصاحب الغرس منع صاحب الأرض من غشيانها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حمل السيل طعام رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانا ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يجبر لأنه غير مفرط فى انباته . (والثانى) يجبر ، وهو الصحيح ، لانه شغل ملك غيره بملكه من غير اذن ، فأجبر على ازالته كما لو كان فى داره شجرة فانتشرت أغصانها فى هواء دار غيره .

فصل وأن اعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع فى العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع ، ففيه وجهان : (أحدهما) انه كالفراس فى التبقية والقلع والأرش . (والثانى) انه يجبر المعير على التبقية الى الحصاد بأجرة المثل ؛ لأن للزرع وقتاً ينتهى اليه ، وليس للفراس وقت ينتهى اليه ، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه .

فصل وان أعاره حائطاً ليضع عليه أجذاعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعها ، لأنها تراد للبقاء ، فلا يجبر على قلعها كالفراس ، وان ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها ، لم يجبر المستعير على قبولها ، لأن أحد طرفيها فى ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته ، وان تلفت الأجذاع وأراد ان يعيد مثلها على

الحائط لم يجز أن يعيد الا باذن ، لأن الاذن تناول الأول دون غيره ، فان انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجذاع على الثانى ، لأن الاذن تناول الأول ومن أصحابنا من قال : يجوز لأن الاعـارة اقتضت التأبيـد والمذهب الأول .

فصـــل وان وجدت أجذاع على الحائط ، ولم يعرف سببها ، ثم تلفت جاز اعادة مثلها ، لأن الظاهر أنها بحق ثابت) .

الشرح الأحكام : إذا حمل السيل بذر رجل فنبت فى أرض غيره أو نوى فصار غرساً فهو لمالك البذر والنوى لأنه نماء ملكه ، وهل لصاحب الأرض أن يأخذ المالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لأنه نبت فى أرضه بغير اختياره .

(والوجه الثانى) ليس له قلعه إذا بذلت له الإجارة ، لأن مالكه ، غـير متعد به وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه ، لأن قلعه إتلاف للمال على مالكه ، ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك . وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أى بين الزرع والغرس وقد صححنا الوجه الأول أنـه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن ملكه نما فى ملك غيره بغـير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك جاره . وكذلك النوى حيث ينبت شجراً كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه . وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولا واحداً .

فـــرع إذا غرس الأرض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففى لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش على ما مضى فى الفصل قبله (والثانى) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل ، وذلك لأن الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحصد فى أشهر معلومات أما الغراس فلا حد له .

فـرع إذا أعار الرجل جاره حائطا ليضع عليه أجذاعاً فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع ، لأن وضع الأجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الأجر بعد رجوعه فى العارية أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء ، فعلى هذا إن امتنع صاحب الأجذاع من بذلهـا أخذ بقلعها .

(والوجه الثانى) وهو أصح : لا أجرة له : والفرق بين الحائط والأرض أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه وإن كانت الأجذاع موضوعة فيه وليس كالأرض التى لا يصل مالكها إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها ، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار ، كما يمكن بإجارة الأرض ، فلو بذل صاحب الحائط ثمن الأجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء ، والفرق بينهما أن الاجذاع إذا حمل أحد طرفيها فى حائط المعير والطرف الآخر فى حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ قيمة ما فى ملكه والغرس والبناء كله فى أرض المعير فجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما فى غير ملكه .

فلو انهدم الحائط الذى فيه الأجذاع موضوعة فبناه المالك فهل يجوز لصاحب الأجذاع إعادة موضعها بالإذن الأول أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) له إعادتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها ، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجذاع أن يبنيه ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه .

(والوجه الثانى) ليس له إعادتها ، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعره مالكه ، فعلى هذا لو أراد صاحب الأجذاع أن يبنى الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له .

فـــرع إذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطاً فليس له بعد الإمساك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً لما فيـه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد إقامته من خوف السقوط وهلاكه . وهـل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين ، فإن أنكـر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر .

فـــرع إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها ، لأن دفن الميت للاستدامة والبقاء شرعا وعرفاً ، ولو رضى أولياؤه بنقله منعوا منه ، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل ، وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع فى العارية وجهاً واحداً لا يختلف لأمرين .

(أحدهما) أن العرف غير جار به . (والثانى) أن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع فى عاريته ويمنع من دفنه ، لأنه قد صار حقا للميت مؤبداً ، فلو أن رجلا أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم فى أرضه فإن سبلها للدفن فليس له الرجوع فيها لخروجها عن ملكه ، وإن لم يسبلها فله الرجوع فيها ، ولا يكون الإذن بالدفن فيها تسبيلا لها . فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن ، وليس له نقل من دفن ؛ ويحرم على من أعار الأرض للدفن أن يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهى عنه . فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فاعاره ففيه قولان : (أحدهما) انه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن فى رقبة عبده ، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك ، فدل على أنه ضمان . (والثانى) انه عارية لأنه استعاره ليقضى به حاجته فهو كسائر العوارى .

(فان قلنا) انه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله ، لأنه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك وان قلنا : انه عارية لم يفتقر الى ذلك لأنه عارية فلا يعتبر فيه العلم ، فان عين له جنسا وقدراً ومحلا ، تعين على القولين، لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين ؛ فان خالفه فى الجنس لم يصح لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه ، وان خالفه فى المحل بأن أذن له فى دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح. لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن فى الحال ، وان اذن له فى دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى أجل ، فان خالفه فى القدر بأن أذن له فى الرهن بعشرة فرهن

بما دونها جاز ، لأن من رضى أن يقضي عن غيره عشرة رضى أن يقضى ما دونه ، وان رهنه بخمسة عشر لم يصح ، لأن من رضى بقضاء عشرة لم يرض بما زاد .

فصـــل وان رهن العبد باذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين فى الحال ، لأن للمعير أن يرجع فى العارية ، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان ، فان رهنه بدين مؤجل باذنه (فان قلنا) انه عارية جاز له المطالبة بالفكاك ، لأن للمعير أن يرجع متى شاء (وان قلنا) انه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن الى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل .

فصـــل وان بيع فى الدين (فان قلنا) انه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها (وان قلنا) انه ضمان رجع بما بيع به ، سواء بيع بقدر قيمته أو بأقل أو بأكثر ، لأن الضامن يرجع بما غرم ، ولم يغـرم الا ما بيع به .

فصـــل وان تلف العبد فان قلنا انه عارية ضمن قيمته ، لأن العارية مضمونة بالقيمة (وان قلنا) انه ضمان لم يضمن شيئاً لأنه لم يغرم شيئاً .

فصـــل وان استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهـــن ، ففيـــه قولان : (أحدهما) لا تخرج لأنه رهنه بجميع الدين فى صفقة فلا ينفك بعضـــه دون بعض (والثانى) يخرج نصفه لأنه لم يأذن كل واحد منهما الا فى رهن نصـــيبه بخمسين ، فلا يصير رهنا بأكثر منه) .

الشرح الأحكام : سبق أن قلنا إن العارية إباحة المنفعة فلم يجـز أن يبيحها غيره ، ولكن إذا أذن له المعير فى إجارتها أو رهنها أو إعارتها مدة معلومة جاز ؛ لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه . وهل تكون العين مضمونة على المستعير ؟ أم تبقى يده على الائتمان .

قلنا : إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونة ، أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له فى رهنها فأعارها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا ضـــمان لأن العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتها ولقضاء حاجته منها (والثانى) أنه تعدى فى منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكها ، وهو الذى يملك المنفعة فدل على أنه ضمان . وقال ابن المنذر : إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن فيه

له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز ، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته ، نصح كسائر العوارى .

فإن أذن له فى رهن العارية ، فإن مالك العارية يكون مالكا للرهن فيضمن بذلك الدين عن الراهن ، فيجب أن يكون المعير عالماً بقدر الدين ومحله ، فاذا خالفه فى أيهما لم يصح لما يترتب عليه من حرج لمالك الرهن .

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه إلا إذا عينه المستعير من تلقاء نفسه لأن العارية لا يعتبر فيها العلم ، ولأن العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع . ولنا فى هذه المسألة قولان . وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره . أوحال بمؤجل أو مؤجل بحال للعلل التى أوضحها المصنف ، فإذا رهنه بأقل من القدر الذى عينه جاز ، لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفاً ، فأشبه من أمر بشراء شىء بثمن فاشتراه بأنقص ، وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن فى الحال ، سواء كان بدين مؤجل أو حال ، لأن للمعير الرجوع فى العارية متى شاء . وهو أحد القولين عندنا ، وقول واحد عند أصحاب أحمد .

فرع إذا حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه لأن ذلك مقتضى الرهن ، فإذا بيع فى الدين أو تلف . فإن قلنا : إنه عارية رجع المعير على المستعير بقيمتها لأن العارية تضمن بقيمتها ، وإن تلف من غير تفريط فلا شىء على المرتهن ، لأن الرهن لا يضمن من غير تعد . وإذا استعار عارية من رجلين فرهنها بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما فقولان (أحدهما) لا تخرج لأنه رهنها بجميع الدين فى الصفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد . وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثانى) يخرج نصفه لأن كل واحد منهما لم يأذن إلا فى رهن نصيبه . وله أن يرجع متى شاء والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل اذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتكها فعليك الأجرة وقال الراكب : بل أعرتنيها فلا أجرة لك ، فقد قال فى العارية : القول قول الراكب . وقال فى المزارعة : اذا دفع ارضه الى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك : أكريتكها وقال الزارع بل أعرتنيها ، فالقول قول المالك ؛ فمن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال فى الدابة : القول قول الراكب ، وقال فى الأرض : القول قول المالك لأن العادة أن الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب . والعادة فى الأرض انها تكرى ولا تعار ؛ فالظاهر فيها مع المالك ، ومنهم من نقل الجواب فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين ، وهو اختيار المزنى . (أحدهما) : أن القول قول المالك ، لأن المنافع كالأعيان فى الملك والعقد عليها ، ثم لو اختلفا فى عين فقال المالك : بعتكها . وقال الآخر : بل وهبتنيها . كان القول قول المالك . فكذلك اذا اختلفا فى المنافع .

(والثانى) أن القول قول المتصرف ، لأن المالك أقر بالمنافع له ، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله : (فان قلنا) ان القول قول المالك حلف ووجبت له الأجرة وفى قدر الأجرة وجهان :

(أحدهما) يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها .

(والثانى) أنه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لانهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا فى قدرها وجبت أجرة المثل فلأن تجب أجرة المثل وقـــد اختلفا فى الأجرة أولى . فان نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لأن اليمين انما تـرد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه .

(وان قلنا) ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة ، فان نكل رد اليمين على المالك ــ فاذا حلف ــ استحق المسمى وجهاً واحداً لأن يمينه بعد النكول كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى الآخر وايهـــــما كان وجب المسمى ، وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فان قلنا) ان القول قـول المالك حكم له بالأجرة (وان قلنا) القول قول الراكب ،فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه. (والثانى) لا يحكم له بشىء لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

فصـــــل وان قال المالك : غصبتنيها فعليك الأجرة ، وقال المتصرف : بل أعرتنيها فلا أجرة على ، فان المزنى نقل أن القول قول المستعير ، واختلف أصحابنا فيه ؛ فمنهم من قال المسئلة على طريقين كما ذكرنا فى المسئلة قبلها . (أحدهما) الفرق بين الأرض والدابة . (والثانى) انهما على قولين لأن الخلاف

فى المسئلتين جميعا فى وجوب الأجرة ، والمالك يدعى وجوبها ، والمتصرف ينكر فيجب ان لا يختلفا فى الطريقين .

ومنهم من قال : ان القول قول المالك ، وما نقل المزنى غلط ، لأن فى تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع ، فلا يقبل قوله فى دعوى العوض ، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والأصل أنها للمالك .

فصـــل وان اختلفا فقال المالك : أعرتكها . وقال الراكب بل آجرتنيها فالقول قول المالك لأنهما اتفقا أن الملك له ، واختلفا فى صفة انتقـــال اليد ، فكان القول قول المالك ، فان كانت العين باقية حلف وأخذ . وان كانت تالفة نظرت فان لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة ، وان مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالأجرة . فان كانت القيمـة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف ، وان كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يستحق من غير يمين ، لأنهما متفقان على استحقاقه .

(والثانى) لا يستحق عن غير يمين ، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعى القيمة بحكم العارية ، والراكب منكر ؛ فلم يستحق من غير يمين .

فصـــل وان اختلفا فقال المالك : غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب : بل آجرتنيها فلا يلزمنى ضمانها ، ولا أجرة مثلها ، فالقول قول المالك مع يمينه ، لأن الأصل أنه ما آجره ، فان اختلفا ـ وقد تلفت العين ـ حلف واستحق القيمة ، وان بقيت فى يد الراكب مدة ثم اختلفا ، فان المالك يدعى أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فان كانت أجرة المثل أكثر من المســمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف ، وان لم تكن أكثر استحق من غير يمين ، لأنهما متفقان على استحقاقه ، والله أعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى فى العارية من الأم : ولو قال رب الدابة : أكريتها إلى موضع كذا بكذا ، وقال الراكب : بل عارية كان القول قول الراكب مع يمينه ، ولو قال : أعرتنيها ، وقال ربها : غصبتها كان القول قول المستعير ، قال المزنى : هذا عندى خلاف أصله ، لأنه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على سلعة فأتلفها فله قيمة السكن ، وقوله : من أتلف شيئاً ضمن ، ومن ادعى البراءة لم يبرأ به ؛ وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول . فالفصل الأول وهو مذكور فى الأم صورته

فى رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا ، فقال المالك أجرتكها فلى الأجرة ، وقال الراكب : أعرتنيها ، فليس لك أجرة . فالذى نص عليه الشافعى فى كتاب العارية أن القول قول الراكب ، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذا الجواب ، فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الآخر ، ويخرجونها على قولين .

(أحدهما) وهو اختيار المزنى والربيع أن القول قول المالك فى الدابة والأرض على ما نص عليه فى المزارعة وله الأجرة ، ووجهته ما ذكره المزنى ، وهو أن المنافع مملوك تصح المعاوضة عليها كالأعيان ، ثم ثبت أنهما لو اختلفا فى العين بعد استهلاكها ، فقال ربها : بعتها عليك ، وقال المستهلك : بل وهبتنيها ، فإن القول قول المالك دون المتلف وله الأجرة .

(والقول الثانى) أن القول قول الراكب فى الدابة والزارع فى الأرض معاً على ما نص عليه فى العارية ولا أجرة عليه ، ووجهه أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع لنفسه إما بعارية أو إجارة ، ومن ادعى ثبوت عوض على غيره فى استهلاك منافعه لم يقبل منه ، وخالف استهلاك العين التى قد اتفقا عليها أنها ملك لربها دون مستهلكها ، وفى هذا انفصال عما ذكره المزنى توجيها .

وقال أبو العباس بن سريج : ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره فى الموضعين فيكون القول فى الدابة قول راكبها وفى الأرض قول مالكها اعتبارا بالعرف فيهما ، لأن العادة فى الدواب جارية باعارتها ، فكانت العادة شاهدة لراكبها ، والعادة جارية فى الأرض بالإجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها ، وهذه طريقة أبى العباس فى اعتبار العرف والعادة فيها ، وليست مذهباً للشافعى لأن من يؤجر قد يعير ، ومن يعير قد يؤجر .

فإذا تقرر ما وصفنا فإن قلنا : إن القول قول رب الدابة والأرض فمع يمينه فإذا تلف فله الأجرة ، وفيها وجهان :

(أحدهما) أنه القدر الذى سماه ، لأنه قد جعل القول قوله فيه .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن له أجرة المثل لأنهما لو اختلفا فى الأجرة مع اتفاقهما على الإجارة لم يقبل قول المؤجر فيها ، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها ، فإن نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير، لأن ردها لا يفيد ، لأن الأجرة ساقطة عنه لنكول المالك . وإن قلنا : إن القول قول الراكب مع يمينه ، فإن حلف برىء من الأجرة ورد الدابة ، وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق بها ما ادعاه من الأجرة فإذا حلف فله المسمى وجهاً واحداً ، لأن يمينه بعد النكول ، إما أن تجرى مجرى البينة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى .

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الأجرة دون القيمة ، والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة — فإن قلنا : إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة لأنه لا يدعيها . وإن قلنا : إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه .

(والوجه الثانى) لا يحكم له بشىء فيها لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

(والفصل الثانى) وهو أن يقول المالك : غصبتها ويقول الآخر : بل أعرتنيها فهذا الاختلاف مؤثر فى الأجرة دون القيمة ، لأن العارية مضمونة كالغصب وأجرة العارية غير مضمونة بخلاف الغصب ، فإن كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف ، وإن كان بعد الركوب فالذى نقله المزنى ههنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو على بن أبى هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاشتراكهما فى العلة ، ويجعل قول المزنى ههنا أحد القولين .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول فى هـذه المسألة قول المالك قولا واحداً ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها أن فى اختلافهما فى العارية والإجارة اتفاقا على أن الراكب مالك للمنفعة ، فجاز أن لا يقبل قول المالك فى الأجرة ، ولم يتفقا على مثل ذلك فى هذه المسـألة ، لأن المالك يقول : أتلفت أيها الراكب منفعتى بغير حق ، والراكب يقول : أتلفتها مستعيراً بحق ، فلم يصدق .

فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزنى بجوابين .

(أحدهما) أن ذلك خطأ من المزنى فى نقله وسهوه .

(والثانى) تسليم الرواية واستعمالها على أحد تأويلين إما على : القول قول المستعير فى قدر الأجرة ، وإما على : أن القول قول المسـتعير فى أن لا يلزمه الضمان إلا فى العارية دون الغصب ، وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب ، فعلى هذا لو تلفت الدابة ضـمن قيمتهـا وكانت الأجرة على ما مضى .

(والفصل الثالث) أن يقول رب الدابة : أعرتكها ، ويقـول الراكب : استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين .

(أحدهما) فى ضمان رقبتها . لأن العـارية مضـمونة والمؤاجـرة غير مضمونة فإن كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف .

(والثانى) لزوم ركوبها تلك المدة ، فإن كانت الدابة تالفة أو المـدة منقضية سقط تأثير هذا الاختلاف ، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها لأن الراكب يدعى عليه عقداً فى إجارتها ، فإن كانت الدابة قائمة أخذها ولا أجرة له ، لأن الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدعيها ، وإن كانت الدابة تالفة كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لأنها تالفة فى يده وهو يدعى بالإجارة استئماناً فلم تقبل دعواه ، ولزمه غرم القيمـة ، فإن لم يكن لمدة الركوب أجرة لم يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها .

ولقد أعارها ، إلا أن تنقضي فيحلف بالله تعالى لقد أعارها ، ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الإجارة وإن كان لمدة الركوب أجرة هى بقدر القيمة فصاعداً فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يمين عليه ، لأن الراكب مقر له أجرة ، والمالك يدعيها قيمة فصارا متفقين على استحقاقه . وإن اختلفا فى جنسه فسقطت اليمين فيه .

(والوجه الثانى) عليه اليمين لأنه قد أسقط حقه من الأجرة فلم يؤثر إقرار الراكب بها وهو يدعى القيمة . والراكب منكر لها . فإذا حكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين .

(والفصل الرابع) : أن يقول المالك غصبتنيها . ويقول الراكب : أجرتنيها : فتأثير هذا الخلاف من وجهين (أحدهما) فى ضمان الرقبة ، لأن المغصوب مضمون والمؤجر غير مضمون . فإن كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف والثانى فى لزوم المدة ، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد هلكت سقط تأثير هذا الاختلاف . وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره ويصير الراكب ضامنا للدابة والأجرة . فيأخذ بالملك من غير يمين إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذى أقر به الراكب . فلا يستحق الزيادة إلا بيمين . وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين . والله أعلم بالصواب . وهو حسبى ونعم الوكيل .

فرع فى مذاهب العلماء

قال ابن قدامة من الحنابلة : وإن قال المالك : غصبتها ، وقال الراكب : أجرتنيها فالاختلاف هنا فى وجوب القيمة ، لأن الأجر يجب فى الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى . وفى اليمين وجهان . وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجها واحداً والله أعلم .

وقال العلامة الدردير فى الشرح الصغير من كتب المالكية :

(وجاز) أن يقول : (أعنى بغلامك) مثلا فى هذا اليوم أو الشهر (لأعينك) فى غد مثلا بغلامى أو دابتى (وهى) حينئذ (إجارة) لا إعارة لأنها منافع بمنافع . وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف كبناء وحصاد ، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف فيشترط فيها تعيين الزمن أو العمل كالإجارة .

(وضمن) المستعير (ما يغاب) عليه كالحلى والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف مالا يغاب عليه كالحيوان والعقار (ولو شرط نفيه) أى نفى الضمان عن نفسه (على الأرجح) وقيل : إن شرط نفيه إفادة فلا ضمان عليه وأشار الشيخ لهما بالتردد .

(لا غيره) أى لا يضمن غير ما يغاب عليه كالحيوان (ولو شرطه) على المعير . (والقول له) أى للمستعير (فى التلف أو الضياع) فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ولا ضمان عليه (إلا لقرينة كذلك) كأن يقول : تلف أو ضاع يوم كذا فتقول البينة : رأيناه معه بعد ذلك اليوم أو تقول الرفقة التى معه فى السفر :

ما سمعنا ذلك ولا رأيناه (وحلف ما فرط) إن ادعى عليه أنه إنما حصل التلف أو الضياع أو العيب الذى قام به بتفريطه سواء كان مما يغاب عليه أم لا كسوس وقرض أرضة أو فأر أو بلل أو دهن أو حبر أو نحو ذلك بالمستعار كثوب وكتاب (و) القول له (فى رد ما لم يضمن) لربه وهو ما لا يغاب عليه كالحيوان (إلا لبينة مقصودة) أشهدها المعير عند الإعارة لخوف ادعاء المستعير الرد ، فحينئذ لا يقبل قوله بردها إلا ببينة تشهد له بردها لربها (وفعل) المستعير : أى جاز له أن يفعل الفعل (المأذون) له فيه (و) أن يفعل (مثله) كأن استعارها ليركبها من المكان كذا فيركبها إليه أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح ، وأما الذهاب بها فى مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يجوز ويضمن إن عطبت كالإجارة على

قول ابن القاسم وهو الأرجح (لا أضر) مما استعارها له ، فلا يجوز ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله وتارة ما لم تعطب به .

وفى كل إما أن تعطب وإما أن تتعيب وإما أن تسلم . (فإن زاد ما تعطب به وعطبت فله) أى لربها (قيمتها) وقت الزيادة عليها ، لأنه وقت التعدى (أو كراؤه) أى كراء الزائد فقط وخيرته تنفى ضرره (وإلا) بأن زاد مالا تعطب به وعطبت أو تعيبت أو سلمت أو ما تعطب به وسلمت (فالكراء) أى كراء الزائد فقط فى الأربع صور وبقى السادسة : وهى ما إذا زاد ما تعطب به فتعيبت أشار لحكمها بقوله (فلو تعيبت) فيما إذا زاد عليها ما تعطب به (فالأكثر من الكراء) للزائد (وقيمة العيب) أى أرشه يلزم المستعير والكلام فى زيادة الحمل ، وأما المسافة فكالإجارة ، فإن عطبت ضمن قيمتها ، وإن سلمت فكراء الزائد ، وإن تعيبت فالأكثر من كراء الزائد ، وأرش العيب . (ولزمت) الاستعارة (المقيدة بعمل) كطحن إردب أو حمله لكذا أو ركوب له (أو أجل) كأربعة أيام أو أقل أو أكثر (لانقضائه) أى العمل أو الأجل فليس لربها أخذها قبله سواء كان المستعار أرضاً لزراعة أو سكنى أو لوضع شىء بها أو كان حيواناً لركوب أو حمل أو غير ذلك أو كان عرضاً (وإلا) يكن تقيد بعمل أو أجل بل أطلقت (فلا) تلزم ولربها أخذها متى شاء ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد ، وما مشى عليه الشيخ ضعيف .

(وإن زعم) شخص (أنه مرسل) بأن قال : أرسلنى فلان (لاستعارة نحو حلى) منكم له فصدق ودفع له ما طلب فأخذه (وتلف) أى ادعى أنه تلف منه (ضمنه المرسل) له (إن صدقه) فى إرساله .

(وإلا) يصدقه (حلف) أنه ما أرسله (وبرىء وضمن الرسول) ولا يحلف (إلا لبينة) تشهد له أنه أرسله فلان فالضمان حينئذ على من أرسله ولا عبرة بيمينه الذى حلفه .

(وإن اعترف) الرسول (بالتعدى) وأنه لم يرسله أحد (ضمن إن كان

رشيداً) لا صبياً ولا سفيها إذ لا ضمان عليهما (أو) كان (عبداً) أى رقيقاً فى ذمته فلا يباع لذلك بل يتبع به .

(إن عتق ما لم يسقطه) عنه (السيد) قبل عتقه وإلا سقط ولا يتبع بعده . (ومؤنة أخذها) أى العارية من محل ربها إن كان يحتاج لمؤنة (و) مؤنة ردها على المستعير (والعلف) وهى عند المستعير (على ربها) لا على المستعير وقيل على المستعير والقولان ذكرهما الشيخ بلا ترجيح والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الشـــفعة

وتجب الشفعة فى العقار لما روى جابر رضى الله عنه قال : ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعه ، أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه)) فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، ولأن الضرر فى العقار بتأبيد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر .

فصـــل وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لا شفعة الا فى ربعة أو حائط)) وأما البناء والغراس ، فانه ان بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((من كان له شريك فى ربع أو نخـل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان رضى أخذه ، وان كرهه تركه)) ولأنه يراد للتأبيد فهو كالأرض ، فان بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشـــفعة . واختلف أصحابنا فى النخل اذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فمنهم من قال : تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم مـن قال : لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها ، وان كانت داراً سفلها لواحد وعلوها مشـترك بين جماعة ، فباع أحدهم نصيبه فان كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة فى الحصة المبيعة من العلو ، لأنه بناء منفرد ، وان كان السقف للشركاء فى العلو ففيه وجهان : (أحدهما) لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يتبع أرضـا (والثانى) تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ، ويأوى اليه فهـو كالأرض .

فصـــل وان بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع الأصـــل لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيعة ، فان بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان : (أحدهما) تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة ، لأنها تبعت الأصل فى البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس (والثانى) لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة .

فـــصل ولا تثبت الشفعة الا للشريك فى ملك مشاع ، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر رضى الله عنه قال : ((انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)) ولأن الشفعة انما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به . فتدعو

الحاجة الى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك ، وما يحتاج الى أحداثه من المرافق وهذا لا يوجد فى المقسوم .

فصـــل ولا تجب الا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغير والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة . وقال أبو العباس : تثبت فيه الشفعة لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته ، والمذهب الأول ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال : ((لا شفعة فى بئر والأرف يقطع كل شفعة)) ولأن الشفعة انما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة ، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم .

وأما الطريق المشترك فى درب مملوك ينظر فيه ، فان كان ضيقا اذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه الى ملكه فلا شفعة فيه ، وان كان واسعا نظرت فان كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة فى الطريق لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، ولا ضرر على أحد فى اخذه بالشفعة فأشبه غير الطريق وان لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا شفعة فيه ، لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشترى لأنه يبقى ملكه بغير طريق ، والضرر لا يزال بالضرر .

(والثانى) تثبت فيه الشفعة . لأنه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق .

(والثالث) أنه ان مكن الشفيع المشترى من دخول الدار ثبت له الشفعة، وان لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير اضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكين الا بالاضرار .

فصـــل وتثبت الشفعة فى الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به)) وتثبت فى كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالاجارة والنكاح ، والخلع ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة فى الشقص المملوك به كالبيع .

فصـــل فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو ملكه بالارث ، وان باع من رجل شقصا فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص اليه بالاقالة لم تثبت فيه الشفعة لانه لم يملكه بعوض وانما انفسخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل ، فان باعه شقصا فعفا الشـــفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا ثبتت فيه الشفعة ؛ لأن التولية بيع براس المال وان قال

لأم ولده : ان خدمت ورثتي شهراً فلك هـذا الشـقص ، فخدمتهم ملكت الشقص ، وهل تثبت فيه الشفعة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة فصار كالمملوك بالاجارة . (والثانى) لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية فى الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا ، وان دفع المكاتب الى مولاه شقصاً عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع فى الشقص شفعة ام لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لأن بالعجز صـار ماله للمولى بحـق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه . (والثانى) تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده .

فصـل وان بيع شقص فى شركة الوقف ؛ فان قلنا ان الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له ، وان قلنا : انه يملك ففيه وجهان : (أحدهما) أنه يأخذ بالشفعة . لأنه يلحقه الضرر فى ماله من جهة الشريك فأشبه مالك الطلق . (والثانى) لا يأخذه لأن ملكه غير تام ؛ بدليل انه لا يملك التصرف فيه ، فلا يملك به ملكاً تاما) .

الشرح قال الضياء المقدسى فى شرحه الثلاثيات المسند :

الشفعة لغة الزيادة ، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فكأنه كان وتراً فصار شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وعرفا : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه . ا هـ (قلت: وقوله : استحقاق شريك) من إضافة المصدر لفاعله .

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء وغلط من حركها ، وهى مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج ، وقيل من الزيادة، وقيل من الاعانة ، وفى الشرع : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبى بمثل العوض المسمى . ا هـ .

وقد ثبتت بالسنة والاجماع فأما السنة فالحديث الذى ساقه المصنف عن جابر ولفظه عند مسلم والنسائى وأبى داوود « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم يقسم ربعه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم

يؤذنه فهو أحق به » ولفظه عند الترمذي وصححه « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ولفظه عند أحمد والبخاري وأبي داوود وابن ماجه « إنما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة » وفي رواية عند أحمد والبخاري والشافعي في الأم « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وكلها عن جابر إلا الشافعي فقد قال : أخبرنا مالك عن الزهري عن سعيد بن أبي سلمة . وقد روى عن أبي هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة » رواه أبو داوود وابن ماجه بمعناه .

وقال أبو محمد علي بن حزم في كتاب المحلى : وجدت في كتاب يحيى ابن مالك بن عائذ بخطه أخبرني القاضي أبو عبد الله الحسين بن أحمد ابن محمد بن سلمة المعروف بابن أبي حنيفة قال أنا : أبو جعفر الطحاوي قال أنا محمد بن خزيمة أنا يوسف بن عدي ــ هو القراطيسي ــ أنا ابن إدريس هو عبد الله الأودي عن ابن جريج عن عطاء عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء » .

أما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها ، وفي ذلك يقول بعضهم : لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم .

قال الماوردي في الحاوي : إن ما روى في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد . والعلم بكونه شرعاً واقع وليس في التمسك بحديث « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » ما يمنع من الشفعة لأن المشترى يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه .

اذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز للمسلم والكافر عند الشافعي وأبي حنيفة ومالك . وخالف أحمد فقهاء مذهبه على أنه لا شفعة لكافر على مسلم، قال الضياء المقدسي : نص عليه أحمد قال في الانصاف : وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب ، وبه قال الحسن البصري والشعبي ، وقد أفاض الضياء في شرح عمدة الأحكام في بيان العلة ووجه المذهب من جهة الدليل ، كما تفرد أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار ، وهو رواية عن أحمد إلا أنها مرجوحة بالمرة حسب الأظهر من المذهب .

اذا ثبت هذا فإن الشفعة مستحقة في عراص الأرضين . ويكون ما أثقل بها من الغراس والبناء تبعاً ، وإن كان المبيع منها مشاعا كانت الشفعة فيه على قولين وإن كان المبيع منها محرراً فالذي عليه جمهور الناس أنها غير واجبة ، وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلي في أصح الروايتين عنه ، ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ، ومن الفقهاء ربيعة ومالك وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة وصاحباه وسفيان الثوري : إن الشفعة المجوزة مستحقة للجار . وليس لهم فيه سلف . وربما أضافوه إلى ابن مسعود ؛ فإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه في القرب لمن يليه إلى آخر الجوار ، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا يجب لغير الجار الملاصق استدلالا برواية عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الجار أحق بشقصه » وروى « بسقبه » أي بقربه ، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض » وبرواية عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » .

وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره » وروى عمرو بن الشريد ابن سويد عن أبيه أنه قال : قلت : يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شرك

ولا قسم إلا الجوار ، بيعت لى ، فقال « أنت أحق بشفعة جارك يا شريد »
قالوا : ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه ، وهـذا قد يوجد فى الجار كوجوده فى الخليط ، فاقتضى أن تجب الشفعة للجـار كوجوبها للخليط .

ودليلنا ما رواه الشـافعى عن مالك عن ابن شهاب الزهرى عن سعيد ابن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » وهذا وإن كان مرسلا فمرسل سعيد عنـد الشافعى حسن ، ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن أبى سلمة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » فكان مـن هـذا الحديث دليلان :

(أحدهما) قوله الشفعة فيما لم يقسم ، فكان دخـول الألف واللام مستوعباً لجنس الشفعة فلم يجب فى المقسوم شفعة .

(والثانى) قوله : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة . فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة فإن قيل : فإنما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان :

(أحدهما) أنه محمول على عموم القسمة حادثة ومتقدمة .

(والثانى) أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها فى غير المقسوم ، فلما أثبتها فى غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع .

وقال أبو حنيفة : تجب للجار ، ثم ساق أحاديث الموجبين لهـا للجـار ، وهى التى أوردناها هنا .

وقال العلقمى فى حاشية الجامع الصغير : يحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار ـــ يعنى حديث : الجار أحق بصقبه ـــ ومن لم يثبتها للجـار

تأول الجار على الشريك . ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما فى معناهما بسبب قربه من جاره .

وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا فى لقاء الحسن له . ومن أثبت لقاءه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة ، وقد رواه الحسن عن سمرة . وعن حديث « الجار أحق بشفعة جارة ينتظر بها وإن كان غائباً » بأن شعبة قال : سها عبد الملك راوى الحديث .

قال الإمام أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه إلا عبد الملك وقد أنكر عليه .

وقال بعض علماء الحنفية : يلزم الشافعية القائلين بحمل اللفظ على حقيقته ومجازه أن يقولوا بشفعة الجوار ، لأن الجار حقيقته فى المجاور ، مجاز فى الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن القرائن ، وقد قامت القرينة هنا للمجاز فإن حديث جابر صريح فى اختصاص الشفعة بالشريك ، وحديث أبى رافع مصروف الظاهر اتفاقاً ، لأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ، ولا قائل به ، فإن القائلين بشفعة الجوار قدموا الشريك مطلقاً ، ثم المشارك فى الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور .

(قلت) واختار شيخ الإسلام ابن تيمية ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون شريكا فى الطريق محتجا بآخر حديث جابر مرفوعا : « الجار أحق بشفعة جاره » قال : وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية أبى طالب حيث قال : إذا كان طريقهما واحداً شركاء لم يقتسموا فإذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعة .

(قلت) واختار بعض الحنابلة هذا الرأى ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور فى نفى شفعة الجار لوجدنا أمة من الصحابة والتابعين قالوا بنفيها كعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان

ابن يسـار والزهـرى ويحيى الأنصـارى وأبو الزناد وربيعـة والمغـيرة ابن عبد الرحمن ومالك والأوزاعى وأحمد والشافعى وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن شبرمة والثـورى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى : الشفعة بالشركة ثم بالشركة فى الطريق ثم بالجوار .

ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معـدوم فى محل النزاع فلا تثبت فيه .

وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى بـه فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد فى المقسـوم . فأما حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعة فإن الصقب القرب ، قال الشـاعر :

كوفيـة نازح محلتهـا لا أمم دارها ولا صقب

وبقية الأحاديث التى تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على ألسنة الشـعراء ، ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الأعشى :

أجارتنا بينى فإنك طالقه وموموقة ما كنت فينا ووامقه

وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما فى الزوج . قال حمل بن مالك : (كنت بين جارتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها) . وهذه كله يمكن حمل حديث أبى رافع عليه ، فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطة دون الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسـام :

(أحدها) ما تجب به الشفعة . (والثانى) ما تجب فيه . (والثالث) من تجب له . (والرابع) ما تؤخذ منه .

فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثة أقسام : قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قول الشافعي في وجوب العوض فيه ، فأما الموجب للعوض فخمسة عقود،البيع والإجارة والصلح والصداق والخلع ، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيع لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضاً وسنشرح كلا في موضعه وأما مالا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية ، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية فلا شفعة به لأن مالا ينقل لملك استحق به نقل الملك وما لا عوض فيه لا معوض فيه .

واختلف أصحابنا هل يغلب في ملك أم الولد للشقص حكم المعاوضات أم حكم الوصايا إذا قال لها : إن خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص ففعلت على وجهين :

(أحدهما) أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة ، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة .

(والوجه الثاني) وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لأمرين :

(أحدهما) اعتباره من الثلث .

(والثاني) ملك الشقص من لم يملك الخدمة .

وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها فقال في القديم والإملاء بالوجوب ، فعلى هذا تجب الشفعة بهما بالثواب الذي تجب به المكافأة ، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدراً معلوما كان على قولين .

(أحدهما) قاله في الإملاء : إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط ، لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح .

(والقول الثانى) إن الهبة بشرط الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة لأن العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله فى القديم والإملاء . وقال فى الجديد : إن المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا لا شفعة بها ويكون فى انتقال الملك بها فى سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل .

(وأما القسم الثانى) وهو ما تجب فيه الشفعة فهى عراص الأرضين وما يتبعها متصلا دون غيرها ، وهى على ثلاثة أنواع (أحدها) ما وجب فى الشفعة معقوداً وهى عراص الأرضين المحتملة للقسمة الجبرية ، فإن لم تحتملها لصغرها كطريق ضيقة وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردى .

وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة ، واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة ، وبه قال أبو حنيفة ، وعند الشافعى أنه لا شفعة فيها تعليلا فى وجوبها بالخوف من مؤنة القسمة ، وأن مالا يقسم جبراً فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤنة القسمة .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة » رواه أبو الخطاب من أصحاب الإمام أحمد فى رءوس المسائل ، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة ، والرهوة الجوبة تكون فى محلة القوم بسيل فيها ماء المطر وغيره .

(والنوع الثانى) ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس إذا كان مبيعا مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الإجبار ، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعى ، ووجبت فيه عند أبى العباس بن سريج ، وهو قول أبى حنيفة ، وإن كان البناء والغرس منفصلا عن الأرض فى البيع فلا شفعة فيه عند الشافعى وأبى حنيفة .

وقال مالك : يجب الشفعة فى البناء المنفرد وفى الثمار والمقاثى والمباطخ لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله

عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » رواه البخارى . « فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة » فجعل حدود القسم شرطاً فى إبطال الشفعة ، فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء والغرس تبع لأصله ، فلما لم يستحق فى الأرض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب فى البناء والغرس شفعة ، وإن دخلت فى العقد ، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس،وكانت داراً ذات علو مشترك ، وسلفها لغير الشركاء فى علوها فباع أحد الشركاء فى العلو حقه نظر فى السقف ، فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة فى الحصة المبيعة من العلو لأنها بناء مفرد ، وإن كان السقف لأرباب العلو ففى وجوب الشفعة فى الحصة المبيعة منه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضا (والوجه الثانى) فيه شفعة ، لأن السقف كالعرصه . ولقول الشافعى فى كتاب الصلح إن السقف أرض لصاحب العلو ، ولأنه إذا حاز أحدهما حصة من البناء والسقف أمكنه سكناه كالأرض .

(والنوع الثالث) لا تجب فيه شفعة لا مقصودا ولا تبعا وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرنا ، وقال عطاء بن أبى رباح : الشفعة واجبة فى كل مشترك من متاع وحيوان وغيره فى صنوف الأموال وسائر الكلام معه .

(وأما القسم الثالث) وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط فى الملك دون الجار ، وقد مضى الكلام مع أبى حنيفة فى شفعة الجوار ، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليله حتى لو خالط بنسبة واحد من ألف استحق الشفعة ، وإذا تعدد الخلطاء كانت بينهم على ما سيأتى .

ولا فرق بين أن يكون ملكه صار إليه بابتياع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره ، لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤنة المقاسمة . وأما إذا كانت حصة الخليط وقفاً نظر فى الوقف فإن كان عاما كالوقف على الفقراء والمساكين أو كان خاصا لا يملك كالوقف على

جامع فلا يستحق به شفعة فى المبيع ، وإن كان خاصا على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف ، فأما الموقف عليه ، فقد اختلف قول الشافعى هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا ؟ على قولين (أحدهما) يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة والوجه الثانى : لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف .

ثم الشفعة تجب للأب على ابنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه وللمكاتب على مولاه ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده يستحقها أحدهم عليه .

(وأما القسم الرابع) وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلا عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان فى أجرة أو بيع أو أجرة المثل إن كان فى إجارة أو مهر المثل إن كان فى صداق على ما سنفصله .

فرع فى مذهب أهل الظاهر : قال أبو محمد على بن حزم فى المحلى: الشفعة واجبة فى كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من أى شىء كان مما يقسم ومما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثوب أو أمة أو من سيفه أو من طعام أو من حيوان أو من أى شىء بيع لا يحل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه . فإن أراد من شريكه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به وإن لم يرد أن يأخذ فقد سقط حقه ولا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه فإن لم يعرض عليه كما ذكرنا حتى باعه من غير من يشركه فيه فمن يشركه مخير بين أن يمضى ذلك البيع وبين أن يبطله ويأخذ ذلك الجزء لنفسه مما بيع به وهاهنا خلاف فى أربعة مواضع (أحدها) هل يجوز بيع المشاع أم لا ؟ (والثانى) هل يكون فى بيعه شفعة أم لا ؟ (والثالث) الأشياء التى تكون فيها الشفعة (والرابع) إن عرض البائع على من يشركه قبل أن يبيع فأبى شريكه من الأخذ هل يسقط حقه بذلك أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لأنه فى أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ؟ وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وان شرط الخيار للمشترى وحده فان قلنا : انه لا يملك أو قلنا انه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه فى خيار البائع . وان قلنا : انه يملكه ففيهقولان : (أحدهما) لا يأخذه ، لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار للبائع . (والثانى) يأخـذه وهو الصحيح لأنه لا حـق فيه لغير المشترى ، والشفيع يملك اسقاط حقه ، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلأن يملك قبل لزومه أولى .

فصـــل وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنـه « لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولم يفرق ، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمســلم كالرد بالعيب .

فصـــل ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه اذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر ، فان أحضر رهنا أو ضميناً أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبـول الرهن ، والضمين والعوض فيه كالمبيع فى يد البائع .

فصـــل ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به فان اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فان باعه فهو أحق به بالثمن » وان اشترى شقصا وسيفا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشترى بحصته لأنالثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لأنه دخل فى العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وان اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به زيادة او حط عنه بعضه أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه فى بيع المرابحة فان نقص الشـــقص فى يد المشترى فقد روى المزنى أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال فى القديم يأخذه بالحصة واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصـــحيح (أحدهما) يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع اذا ذهبت عينه فى يد البائع فان المشترى يأخذه بجميع الثمن والقول الثانى : أنه يأخذه بالحصة وهو أظهـــر لأنه أخذ بعض ما دخل فى العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف . ومنهم من قال : ان ذهب التأليف ولم يذهب من الأجزاء شيء أخذ بالجميع لأن الذى

يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فان تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة . لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقى بالحصة ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال أن كانت العرصة باقية اخذ بالجميع لأن العرصة هى الأصل وهى باقية فان ذهب بعض العرصة اخذ بالحصة لأنه تلف بعض الأصل فأخذ الباقى بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال : ان تلف بجائحة من السماء اخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشترى بدل التالف وان تلف بفعل آدمى أخذ بالحصة لأنه حصل للمشترى بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين .

فصل وان اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال : (أحدها) يأخذ بمائة مؤجلة لأن الشفيع تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته فكان تابعاً له فى التأجيل . (والثانى) أنه يأخذه بسلعة تساوى مائة الى الأجل ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك أكثر مما لزم المشترى ، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة ، لأن الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشترى ، فوجب أن يعدل الى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له الى جنس آخر بقيمته . (والثالث) وهو الصحيح انه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ ، وبين أن يصبر الى أن يحل فيأخذ ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لأن الشفيع انما يأخذ بالمثل أو بالقيمة ، والسلعة ليست بمثل الثمن ولا هى قيمته فلم يبق الا التخيير .

(فصل) وان باع رجل فى مرضه من وارثه شقصاً يساوى الفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع فى نصفه لأنه قدر المحاباة ، فان اختار الشفيع ان يأخذ التصرف بالألف لم يكن للمشترى الخيار فى تفريق الصفقة ، لأن الشفيع أخذه بألف وان لم يأخذه الشفيع فللمشترى أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ، وان باع من أجنبى وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ، ففيه خمسة أوجه : (أحدها) : أن البيع يصح فى نصف الشقص بالألف ، وللشفيع أن يأخذه ويبقى التصرف للمشترى بلا ثمن ، لأن المحاباة وصية والوصية للمشترى تصح ، ولا تصح للشفيع ، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل ، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن ، ويبقى النصف للمشترى بغير ثمن .

(والثانى) أن البيع يصح فى نصفه بالألف لأنا ان دفعنا الجميع الى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث وان دفعنا اليه النصف بالألف وتركنا النصف على المشترى ألزمنا الشفيع فى النصف أكثر مما لزم المشترى فلم يبق الا الفسخ بالنصف ، ودفع النصف الى الوارث من غير محاباة .

(والثالث) أن البيع باطل لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز أن تجعل فى نصفه .

(والرابع) أنه يصح البيع وتسقط الشفعة ، لأن اثبات الشفعة يؤدى الى ابطال البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وما ادى ثبوته الى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقى البيع .

(والخامس) : وهو الصحيح أنه يصح البيع فى الجميع بالألف ، ويأخذ الشفيع الجميع بالألف ، لأن المحاباة وقعت للمشترى دون الشفيع والمشترى أجنبى فصحت المحاباة له) .

الشرح قال الشافعى : وإن علم يعنى بالبيع فطالب مكانه فهى له ، وإن أمكنه فلم يطلب بطلت شفعته . قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم ، فإن لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تطاول به الزمان كالمشترى إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم وأما إذا علم بالبيع فله حالتان .

(إحداهما) أن يكون قادراً على الطلب .

(والحال الثانية) أن يكون معذوراً ، فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال .

(إحداها) أن يبادر إلى الطلب ، فهو على حقه من الشفعة ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم فى الأخذ بها لأنها ثبتت بنص واجماع وانما يفتقر الى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب : أنظرونى بالثمن واحكموا لى بالملك لم يجز ، وهكذا لو قال : احكموا لى بالملك متراخص الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك . لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشترى بالتأخير ، فإن سأل التوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم به يوماً أو يومين وأكثره ثلاثا ، فإن جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة وإن أخره عن المدة التى أنظره الحاكم بها بطلت شفعته .

(والحال الثانية) من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع : أن يعفو عن الشفعة ، والعفو على ضربين صريح وتعريض ، فالصريح أن يقول : قد عفوت عن الشفعة أو تركتها أو نزلت عنها . فهذا مبطل لشفعته ، والتعريض أن يساوم المشترى فى الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يستأجر منه أو يساميه ، فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح فى إبطال الشفعة أم لا ؟ على قولين نص عليهما فى القديم . (أحدهما) أنها كالصريح فى إبطال الشفعة .

(والثانى) أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله به فى الخطبة بين حكم التعريض والتصريح .

فأما قوله للمشترى « بارك الله لك فى صفقتك » فليس بعفو صريح ولا تعريض ، لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة فى صفقته ، وهكذا لو شهد للمشترى فى ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً ولا تعريضا ، لأن الشهادة وثيقه فى البيع الذى بتمامه يستحق الشفعة . وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً .

(والحال الثالثة) بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطلب . ففيه ثلاثة أقاويل : (أحدها) وهو قوله فى الجديد والإملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بتقضى زمان المكنة وإن حق طلبها على الفور . (والثانى) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه ، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعى فى كتاب السير قال : وهذا استحسان وليس بأصل . (والقول الثالث) أن حق الشفعة ممتد على التراخى من غير تقدير بمدة ، وبه قال فى القديم .

(قلت) فإذا قيل بالأول (الفور) وبه قال أبو حنيفة ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه ، وإذا قيل بالثانى بتقديره بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر ، أو فى سوء المشاركة ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه ،

ولا يضر المشترى بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة فى رواية ابن وهب ، وبأربعة أشهر فى رواية غيره .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كنشطة عقال ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه » . وقد مضى التنبيه على ضعفه من كلام البيهقى .

فــــرع تثبت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكاً لحديث جابر « ولا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه » وبه قال شريح وعمر ابن عبد العزيز والنخعى وإياس بن معاوية وحماد بن أبى سليمان والثورى ومالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى لعموم الحديث . وقال أحمد : لا شفعة لمسلم على كافر وتصح من الذمى للذمى ، وهو مروى عن الحسن والشعبى أخذاً من حديث « لا شفعة لنصرانى » وهو حديث لم يصح إسناداً .

ودليلنا عموم الحديث وقواعد البياعات لأنها خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب .

فــــرع قال الشافعى : وإن اشتراها بثمن إلى أجل قيل للشفيع : إن شئت تعجل الثمن وتعجل الشفعة ، وإن شئت فدع حتى يحل الأجل ، وصورتها فى رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل وحضر الشفيع مطالباً ففيه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم وبه قال مالك : إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجلا فى ذمته إن كان ثقة ، وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة . قال الشافعى : وهذا أشبه بصلاح الناس . ووجه هذا القول شيئان :

(أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشترى فى قدر الثمن وصفاته والأجل وصفاته فاقتضى أن يأخذ بمثل الثمن وأجله .

(والثانى) أن تعجيل المؤجل زيادة فى القدر تتفاضل الأثمار به وليس للمشترى أن يشتريه ، وتأخير الشفيع دفع له عن حقه ، وليس للمشترى دفع الشفيع .

(والقول الثانى) وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى حنيفة أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . ووجه هذا القول شيئان (ا) إن أخذ الشفعة باستحقاق والأجل يدخل فى عقود المراضاة ولا يدخل فى الاستحقاق ما لم يكن مراضاة . (ب) إن رضا البائع بذمة المشترى لا يوجب على المشترى أن يرضى بذمة الشفيع ، ولذلك حل دين الميت لأن رضى ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه .

فإذا تقرر توجيه القولين فللمشترى والشفيع أربعة أحوال (أحدها) أن يعجل الشفيع الثمن فيجبر المشترى على تسليم الشقص على القولين معاً . لأنه قد تعجل مؤجلا وأمن خطراً .

(والحال الثانية) أن يرضى المشترى تسليم الشقص وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً ، لأنه قد يتعجل منافع الشقص حتى لا يستضر بتعجيل الثمن ، فإن لم يفعل وانتظر لأخذه بحلول الأجل بطلت شفعته على قوله فى القديم ، وفى بطلانها على الجديد وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنه على شفعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به . والوجه الثانى وهو الأصح : أن شفعته بطلت لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقاً بالمشترى فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع . والحال الثالثة : أن يدعو المشترى إلى تعجيل الشيء وتسليم الشقص ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً ، لأن تعجيل المؤجل استزادة فى الثمن والمشترى ممنوع من الاستزادة فيه ، فلو قال المشترى : أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين :

(أحدهما) أنه مفض إلى الرياء .

(والثانى) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله . والحال الرابعة : أن يطالب الشفيع بالشقص معجلا ، ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهى مسألة القولين ، فعلى قوله فى القديم يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو يضمنه ثقة ، فعلى هذا لو مات المشترى حل ما عليه من الثمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله ، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن وللمشترى أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله ، ولو كان المشترى قد دفع الثمن . رهناً لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً ، لأن الرهن وثيقة فى الثمن ، وليس فى جملة الثمن وعلى قوله فى الجديد يمنع من الشقص إلى حلول الأجل والمشترى ممكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك ، لأن تعلق حق الشفيع به لا يزيل ملك المشترى عنه فلا يمنع من التصرف فى ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكا لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء فلو مات المشترى حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الأجل ، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول .

فــــرع لو باع الرجل فى مرض مــوته شــقصاً بألف درهم وهو يساوى ثلاثة آلاف حاباه فى ثمنه بألفين فللمشترى وللشفيع ثلاثة أحوال :

(إحداهن) أن يكونا أجنبيين من البائع ، والثانية أن يكون المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً ، والثالثة أن يكون المشترى أجنبياً والشفيع وارثا . فأما الحال الأولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص أو لا ، فإن كان يملك مالا تخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشــترى الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منــه بالألف لأنــه يملك الشــفعة بالثمن مســترخصاً كان أو غاليــاً ، وإن كان البائع لا يملك غــير الشقص فللمشترى الخيار فى أن يأخذ عن الشقص بألف درهم أو يرد ليحصــل له نصف المحاباة ، وهى ألف تكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص

وقيمته ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثلي المحاباة بالألف ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص الصائر للمشترى بالألف .

(أما الحال الثانية) وهو أن يكون المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحاباة باطلة ، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارث والمشترى بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده ، فإن أخذ مثله بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف ، وإن رده المشترى عرض على الشفيع قبل رده ، فإن رضى أن يأخذ ثلث الشقص بألف كان أحق وبطل رد المشترى لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل إلى حقه ومنع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضى الشفيع ويكون عهدة الشفيع على المشترى ، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقص كله بالألف جاز . وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قولين فى إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء ؟ .

(أحدهما) أنه إمضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف .

(والثانى) أنه ابتداء عطية فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشترى ثلثاه لأنها عطية له خالصة . وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشترى أجنبيا والشفيع وارثاً ، فالمحاباة وهى ألفا درهم ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلث جميعها ، وحال لا يحتمل شيئاً منها وحال يحتمل الثلث بعضها ، فإن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشترى الخيار فى أخذ ثلث الشقص بالألف أو رده ، فإن أخذه كان الشفيع أحق به وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه . وإن احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال تخرج الألفان من ثلثه فالمحاباة بثلثى الشقص . وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل أن الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص . وفيها أربعة أوجه حكاها ابن سريج :

(أحدها) أنها جائزة للمشترى والشفيع لأن المشترى مقصود بها

فصحت له ، والشفيع داخل عليه فوجبت له . فعلى هذا يأخذ المشترى ثلثى الشقص بألف درهم وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائر إليهم ثمنها .

(والوجه الثانى) أن المحاباة جائزة للمشترى دون الشفيع ، لأن المشترى ممن تصح محاباته ــ وهو بها مقصود ــ والشفيع ممن لا تصح محاباته ، وهو بها غير مقصود فعلى هذا يأخذ المشترى ثلث الشقص بألف ، وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث ، فيصير الشقص أثلاثاً ، ثلثه للورثة ، لأن الثلث لا يحتمل ، وثلثه للمشترى لأنها محاباة له ، وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التى لا تصح له .

(والوجه الثالث) أن المحاباة باطلة للمشترى وللشفيع جميعا ، لأنها قد تفضى إلى الشفيع الذى لا يملكها وهى مقترنة بالمبيع الذى لا يجوز أن يفرد عنها ، فعلى هذا للمشترى أن يأخذ ثلث الشقص بالألف . وللشفيع أن يأخذه منه بالألف ويرجع الثلثان على الورثة .

(والوجه الرابع) أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفى الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشترى واستحق الشفيع المحاباة بشفعته ، لأنها ليست محاباة من المشترى ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان اشترى الشقص بعرض فان كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله ، لأنه من ذوات الأمثال ، فاخذ به كالدراهم والدنانير وان لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته لأن القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذى وجب عند وجوب الشفعة وان اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيبا ورده أخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشترى بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده .

(والثانى) يتراجعان فان كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشترى على الشفيع وان كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشترى لأنه استقر الشقص على المشترى بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشترى بالأرش نظرت فان أخذ المشترى من الشفيع قيمة العبد سليما لم يرجع عليه بالأرش لان الأرش دخل فى القيمة وان أخذ قيمته معيبا فهل يرجع بالأرش ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يرجع لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذى استقر عليه العقد .

(والثانى) يرجع بالأرش لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع .

فصل وان جعل الشقص أجرة فى اجارة أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة فان جعل صداقا فى نكاح أو بدلا فى خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فاخذ بقيمتها كالثوب والعبد وان جعل متعة فى طلاق امرأة اخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر .

فصل والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه وفى خياره أربعة أقوال قولان نص عليهما فى القديم :

(أحدهما) أنه على التراخى لا يسقط الا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله : بعنى أو قاسمنى وما اشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه فى تأخيره فلم يسقط الا بالعفو كالخيار فى القصاص .

(والثانى) أنه بالخيار الى أن يرفعه المشترى الى الحاكم ليجبره على الأخذ العفو لانا لو قلنا انه على الفور أضررنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ فى الأخذ أو يأخذه والحظ فى الترك فيندم وان قلنا انه على التراخى الى أن يسقط أضررنا بالمشترى لأنه لا يقدر على التصرف والسعى فى عمارته خوفا من الشفيع فجعل له الى أن يرفع الى الحاكم ليدفع عنه الضرر .

(والثالث) نص عليه فى سير حرملة أنه بالخيار الى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخى لأنه يستضر به المشترى فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على الشفيع لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ فى ثلاثة أيام ولا على المشترى لأنه قريب .

(والرابع) نص عليه فى الجديد أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة لمن واثبها » وروى انه قال : « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . فعلى هذا ان أخر الطلب من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وان أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو اغلاق باب فهو على شفعته لأنه ترك الطلب لعذر وان قال سلام عليكم انا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعة وان قال : بارك الله فى صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها أوصلته الى الأخذ بالشفعة وان قال : صالحنى عن الشفعة على مال لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وفى شفعته وجهان :

(أحدهما) تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر .

(والثانى) لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فبقى على شفعته فان أخذه بثمن مستحق ففيه وجهان :

(أحدهما) تسقط لأنه ترك الأخذ الذى يملك به من غير عذر .

(والثانى) لا تسقط لأنه استحق الشقص بمثل الثمن فى الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقى الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن فى الذمة ووزن فيه مالا يملك) .

فـــرع حديث أنس « الشفعة لمن واثبها » لم أدر من خرجه .

أما حديث « الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » فقد أخرجه ابن ماجه والبزار وزاد (ولا شفعة لغائب) قال الحافظ فى بلوغ المرام : وإسناده ضعيف قال الصنعانى فى سبل السلام . وضعفه البزار وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال أبو زرعة : منكر وقال البيهقى : ليس بثابت . وضعفه ابن كثير فى الإرشاد بمحمد بن الحارث البصرى من محمد بن عبد الرحمن عن أبيه الخ قال . وثلاثتهم ضعفاء .

وقد عقد البيهقى باباً فى السنن الكبرى لألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء وعد منها (الشفعة كحل العقال) و (لا شفعة لصبى ولا لغائب) و

(الشــفعة لا ترث ولا تورث) و (الصــبى على شــفعته حتى يدرك) و (لا شفعة لنصرانى) و (ليس لليهودى ولا للنصرانى شفعة) .

أما الأحكام : فإن حق الشفعة للشفيع ثابت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه . وفى خياره قولان فى القديم وقولان فى الجديد ، فأما قولا القديم :

(فأحدهما) أنه على التراخى لا تسقط الشفعة ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحــو ذلك وبهــذا قال مالك وهو إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل ، إلا أن مالكا قال : تنقطع بمضى سنة ، وعنه : بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه ، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشــترى باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته .

(ثانيهما) هو بالخيار إلى أن يرفعه المشترى إلى الحــاكم ليجبره على الأخذ أو العفو ، لأنا لو قلنا : إنه على الفــور ألحقنا بالشــفيع الضرر لأنا باستعجالنا إياه قد نحمله على الأخذ وتكون مصلحته وحظه أوفر فى الترك ، وقد نحمله على الترك ومصلحته فى الأخذ وفى كلا الأمرين يندم على العاقبة. وإن قلنا : إنه على التراخى أضررنا بالمشترى لما روى ابن السلمانى عن أبيه عن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال ــ وفى لفظ ــ الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » وروى عنه صلى الله عليه وسلم « الشفعة لمن واثبها » لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ، ولأن إثباته على التراخى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها .

(والقول الأول فى الجديد) نص عليه فى رواية حرملة بن يحيى التجيبى أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام وهو قول ابن أبى ليلى والثــورى ، لأن الثلاث

حد بها خيار الشرط فصلحت حداً لهذا الخيار ورد أحمد فى روايته الأخرى وأصحابه أن التحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب . وقال ابن حامد من أصحابه : يتقدر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبى حنيفة . فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله فى حكم حالة العقد بدليل .

والأظهر من أقوال الشافعى وكلام أحمد أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته .

فـــرع إذا أخر المطالبة لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصباح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسننها أو ليشـــهدها فى جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشـــفعة إلا أن يكون المشـــترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال ، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفعته تبطل المطالبة عنه .

فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لأنه طلب بحكم العادة .

فـــرع إذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى فإذا لقيه بدأ السلام لأن ذلك هو السنة ، وقـــد جاء فى الحديث (من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه) ثم يطالب .

وإن قال له بعد الســـلام : بارك الله لك فى صـــفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون مـــن جملته والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليـــه

فلا يكون ذلك رضى وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمناه راجع صفحات ٩١ ، ٩٢ من هذا الكتاب واشدد به يديك .

فرع مضى كلامنا فى الخيار للشفيع بين الأخذ والترك والمدة التى يجوز له فيها الرد ، ونزيد البحث فنقول :

إذا قيل بأن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر أو فى سوء المشاركة ليصرف ، وقلنا : إنه لو روعى فيه الفور ضاق على الشفيع ، ولو جعل على التأبيد أضر بالمشترى فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستضر المشترى بتأخيره ، فكان أولى الأمور تقديرها بثلاثة أيام لأمرين :

(أحدهما) أن الثلاث حد فى الشرع لمدة الخيار .

(والثانى) أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة ؛ ألا ترى أن الله تعالى قد قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً فقال : (تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب) وقد أذن النبى صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا ، فعلى هذا لو حصل فى خلال الثلاثة الأيام زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ، ولقوله من زمان المكنة ثلاثة أيام يتمكن جميعها من المطالبة . فإذا قيل بأن حق الشفعة على التراخى فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤديه » فكان على عموم الأوقات ، ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشترى فى حصول المنفعة وتملك الأجرة ، فعلى هذا الذى حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل .

(أحدها) العفو الصريح دون غيره من التعريض ، وليس للقاضى أن يقطع خياره إذا رفع إليه ، لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالديون .

(والثانى) أن شفعته تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا .

(والقول الثالث) أن شفعته تسقط بأحد ثلاثة :

(أحدها) العفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض ، أو بأن يتحاكم المشترى إلى القاضى فيلزمه الأخذ أو الترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة ، لأن القاضى مندوب إلى فصل الخصومات فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجز أن يشرط فيه خيار الثلاث ، وفى استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم :

(أحدهما) له خيار المجلس لأنه يوافق عقد البيع .

(والثانى) لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مراضاة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فان لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفعته ، لأنه ترك بعذر ، وان قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) وهو قول القاضى أبى حامد انه تسقط شفعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه اذا قدر على الطلب بنفسه فترك .

(والثانى) وهو قول ابى على الطبرى أنه لا تسقط ، لأن التوكيل ان كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر . وان كان بغير عوض احتاج الى التزام منه وفى تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة .

ومن أصحابنا من قال : ان وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، فان لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك للضرر ، وان عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان :

(احدهما) تسقط شفعته لأن الترك قد يكون للزهد وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة ، فاذا لم يفعل سقطت شفعته .

(والثانى) لا تسقط لأن عذره فى الترك ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة .

فصـــل وان قال أخرت الطلب لأنى لم أصدق ، فان كان قد اخبـره عدلان سقطت شفعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق ، وان أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تسقط لأنه ليس ببينة .

(والثانى) تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه فى الخبر وهذا من باب الاخبار فوجب تصديقهم فيه .

فصـــل فان قال المشترى : اشتريت بمائة فعفا الشفيع ، ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر ، وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة وان قال : اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة ، وان قال : اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان انه قد اشترى جميعـه بمائة فهو على شفعته لأنه لم يرض بترك الجميع ، وان قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة ، لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة .

وان قال : اشتريت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقـد الآخر فهو على شفعته لأنه يجوز أن يكون عفا لاعواز احد النقـدين عنـده أو لحاجته اليه وان قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان انه كان وكيلا فيه . وانما المشترى غيره ، فهو على شفعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ، ولا يرضى مشاركة الموكل .

فصـــل وان وجبت له الشفعة فباع حصته ، فان كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته ، لأنه ليس له ملك يستحق به ، وان باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان :

(أحدهما) تسقط لأنه زال السبب الذى يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه .

(والثانى) لا تسقط لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده .

(فصـــل) ومن وجبت له الشفعة فى شقص لم يجز أن ياخذ البعض ويعفو عن البعض ، لأن فى ذلك اضراراً بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، فان أخذ البعض سقطت شفعته لأنه لا يتبعض فاذا عفا عن

البعض سقط الجميع كالقصاص ، وأن اشترى شقصين من ارضين فى عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، وهو الأظهر لما فيه من الاضرار بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه .

(والثانى) يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر فى أحدهما دون الآخر ، فان كان البائع أو المشترى اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه فى عقدين متفرقين .

(فصـــل) وان كان للشقص شفعاء نظرت فان حضروا وطلبوا أخذوا ، فان كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرءوس ، وهو قول المزنى ، لأن كل واحد منهم لو انفرد اخذ الجميع ، فاذا اجتمعوا تساووا فى الملك .

(والثانى) أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان ، وان عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه ، لأن فى اخـــذ البعض اضراراً بالمشترى ، فان جعل بعضهم حصـــته لبعض الشركاء لم يصـــح بل يكـــون لجميعهم ، لأن ذلك عفو وليس بهبة ، وان حضر بعضهم اخذ جميعه ، فان حضر آخر قاسمه ، وان حضر الثالث قاسمهما ، لأنا بينا انه لا يجوز التبعيض، فان أخذ الحاضر الشقص وزاد فى يده ، بأن كان نخلا فاثمرت ، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار ، لأن الثمار حديث فى ملك الحاضر فاختص بهـــا .

وان قال الحاضر : أنا آخذ بقدر مالى لم يجز ، وهل تسقط شـفعته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها تسقط لأنه قـدر على أخذ الجميع وقد تركه .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعذر ، وهـــو انه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة ، كما قلنا فيمن اظهر له المشترى ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه .

(فصـــل) وان كان المشترى شريكا بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم

نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع لأن المشترى أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع ـ كما لو كان المشترى أجنبياً ـ وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع ؛ لأنا لو قلنا : انه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشترى بالشفعة ، والانسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه ، والمذهب الأول ، لأن المشترى لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة ، وانما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ، ويبقى الباقى على ملكه .

(فصـــل) وان ورث رجلان من أبيهـما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته ففى الشـــفعة قولان : (أحدهما) أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان للمشترى فاشـــتركا فى الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد .

(والثانى) أنها للأخ دون العم لأن الأخ أقرب اليه فى الشركة لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا ان عفا الأخ عن حقه فهـــل يستحق العم فيه وجهان :

(أحدهما) يستحق به لأنه شريك وانما قدم الأخ عليـه لأنه أقـرب فى الشركة فاذا ترك الأخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالأول لأن حقه أسبق فاذا عفا ولى الأول قتل بالثانى :

(والوجه الثانى) أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده .

وان كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين ، وعفا شريكاه عن الشفعة ثم باع أحد المشتريين نصيبه ، فعلى القولين :

(أحدهما) أن الشفعة للمشترى الآخر لأنهـما ملـكاه بسبب واحـد ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين .

(والثانى) انهما بين الجميع لأن الجميع شركاء فى الملك فى حال وجـــوب الشفعة ، وان مات رجل عن دار وخلف ابنتين واختين ثم باعت احـــدى الاختين نصيبها ففيه طريقان من أصحابنا من قال : هى على القولين .

(أحدهما) أن الشفعة للاخت لأنها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر .

(والثانى) أن الشفعة بين البنات والأخت لأن الجميع شركاء فى الملك ، ومنهم من قال : ان الشفعة بين البنات والأخت قولا واحداً ، لأن الجميع ملكن الشقص فى وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضا) .

الشرح قال الشافعى : فإن علم وأخر الطلب فإن كان له عذر من حبس أو غيره فهو على شفعته وإلا فلا شفعة له ، ولا يقطعها طول غيبة ، وإنما يقطعها أن يعلم فيتركه ، وهذا كما قال : إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب إما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يقدر على الترك ، فإن وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز وكان على شفعته ، لأن من ثبت له حق فله الخيار فى استيفائه بنفسه أو بوكيله ، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجباً وشرطاً فى بقاء شفعته أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .

(أحدها) وهو قول أبى حامد المروروذى فى جامعه : إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى فى إفصاحه : إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأن بذل العوض التزام غرم .

(والوجه الثالث) وهو قول بعض المتأخرين : إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإن لم يجد إلا مستعجلا ـ والمستعجل طالب الجعالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن ، فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفعته إن لم يوكل ، وإن قيل : إنها غير واجبة كان على شفعته .

(والحال الثانية) أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الإشهاد بالطلب ، فعند أبى حنيفة إن الإشهاد شرط فى استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وأنه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلب الشفعة ، وعند الشافعى أن الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأن الإشهاد إنما يراد ليكون بينة له على إرادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب ، فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان .

(أحدهما) وهو ظاهر نص الشافعى أن الإشهاد ليس بواجب ، وهو على شفعته إن ترك كالقادر على الطلب .

(والقول الثانى) أن الإشهاد واجب ، وتركه مبطل للشفعة ، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من القادر عليه يغنى عن الإخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة ، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفى الاحتمال فى الإخبار عن مراده بالإشهاد فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامرأتين ، فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد ، ولو أشهد عبداً أو صبياناً أو فساقاً لم يجزه .

وقال أبو حنيفة : يخرجهم به إشهادهم لأنه قد ينعتق العبيد ويرشد الفساق ويبلغ الصبيان وهذا خطأ ، لأن مقصود الشهادة هو الأداء ، فلم ينفع إشهاد من لا يصح منه الأداء ، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم ؛ فلو لم يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الإشهاد فى ثبوت الشفعة .

(والحال الثالثة) أن يعجز عن التوكيل والإشهاد فهو على حق من الشفعة ، وإن تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب ، فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود فى الناقب والمسير من غير إرهاق ولا استعجال كان على شفعته ، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفعته ، قال الماوردى: فإن اختلفا فقال المشترى تأخرت مع القدرة عليه ، وقال الشفيع . تأخرت للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قال ممكنا ويكون على شفعته ولم يقبل قول المشترى فى إبطالها ؛ وهكذا لو قال المشترى : قدمت بغير المطالبة ، وقال الشفيع : قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه ، وهو على شفعته .

فرع وهكذا لو قال المشترى : تقدم علمك على زمان الطلب ،

وقال الشفيع لم أعلم إلا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه ، فأما ما يصير به عالماً فالبينة العادلة وكل جهر طرق سمعه صوته ووقع فى نفسه ، ولو من امرأة أو عبد أو كافر لأن ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفاسق إذا وقع فى النفس أن المخبر صادق .

وقال أبو حنيفة : لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت إلا بها فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك على الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ففى بطلانها وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى الأمة إذا أعتقت تحت عبد فأمسك عن الفسخ لجهله باستحقاقه .

فــرع إذا باع بمصر شقصاً من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع القدرة عليه ليأتى دمشق فيطالبه بها بطلت شفعته لأن قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر ولكن لو أنكر المشترى بمصر أنه خليط فأخرها ليقيم البينة فى دمشق كان على شفعته إذا لم يجد بينة بدمشق قال الماوردى : واختلف أصحابنا فيمن شهد به البينة فى استحقاق الشفعة على وجهين :

(أحدهما) أنه لا شفعة له إلا أن تشهد لــه البينة بالملك ، وبــه قال أبو حنيفة لئلا ينتزع ملكا بأمر محتمل .

(والوجه الثانى) أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليــد ، وبه قال أبو يوسف ، لأنها حجة فى الملك ، لكن يحلف الشفيع مع بينة أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة .

وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لأنه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه .

فإذا صالح الشفيع المشترى على مال يأخذه منه عوضاً على تركه الشفعة

لم يجز وكان صلحاً باطلا وعوضاً مردوداً ، كما لا يجوز أن يعارض على ما قد استحقه من دين أو شرط وفى بطلان شفعته بذلك وجهان .

(أحدهما) أنها قد بطلت لأنه تارك لها .

(والوجه الثانى) أنها لم تبطل لأن الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان .

(أحدهما) أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة فى الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل ، وبه قال أبو يوسف .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى العباس بن سريج أن العفو صحيح فى الكل تعليقاً لما ظهر من حكم التسليم ، وبه قال محمد بن الحسن .

فــــرع إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الأخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين ، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فــلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤنة القســمة قد ارتفع بالبيع وزوال الملك فعلى هذا لــو باع بعض حصته ففى بطلان شفعته وجهــان مخرجان من العافى عن بعض شفعته .

(أحدهما) أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها لا تســتحق بقليــل الملك كما تستحق بكثيره فأما إن كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته ففى بطلان الشفعة وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أن شفعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافعه .

(والثانى) حكاه أبو حامد الأسفراييني أنه على شفعته لأنه قد ملكها ، وليس فى بيعه قبل العلم عفو عنها ، والوجه الأول أصح .

فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ، وهكذا لو قيل له : إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفعته .

وقال أبو يوسف : إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعدا فلا شفعة له ، وإن كانت قيمته أقل فله الشفعة ، وقد خطأ أصحابنا هذا .

وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعي : إذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن ، فإن حضر الثاني أخذ منه النصف بنصف الثمن ، فإن حضر الثالث أخذ منهما الثلث بثلث الثمن حتى يكونوا في ذلك سواء . وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة ، فإذا كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا ، وللطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته وليس له أن يبعض ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة .

فإذا كانوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو ، فإذا ادعى المشترى على أحد العفو عن شفعته لم تسمع دعواه ، لأن للآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى ؛ ولكن لو ادعى شريكان على الثالث منهم العفو سمعت دعواهما لما فيه من توفر حقه عليهما وأحلف لهما ولم تسمع شهادة المشترى عليه بالعفو لما فيها من شفعته عن مطالبته .

ولو ادعى المشترى على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا ردت اليمين عليه وسقط حقهم من الشفعة ، فإن حلف أحد الثلاثة ونكل اثنان منهم لم ترد أيمانهما على المشترى بنكولهما ، لأن عفو بعض الشفعاء مما يوجب الترك على المشترى ويأخذه من لم يعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة في الكل إلا أن يحلف أن شريكيه قد عفوا ، فإذا حلف أخذ كل الشقص وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصته .

وقال الشافعي : إذا كان الاثنان اقتسما كان للثالث نقض قسمتهما ،

وهذا كما قال : إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر اثنان فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث منعا من قسمته لأن فى الشقص حقا لشريكهما الغائب مع السهم الذى له بقديم ملك ، فإذا اقتسما ، كانت القسمة باطلة ، فلو حضر فعفا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها .

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذاه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء ، فإذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالأولى ويعفو عن الثانية ، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو عن الأولى ، فإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالأولى ثلث الشقص وبطل البيع فيه وأخذ بالثانية نصف الباقى وهو ثلث الشقص ، لأنه أخذ شفعتين ففضل له ثلث الشقص بالشفعتين .

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الأولى صح البيع فى الجميع وأخذ نصف الشقص كله لأنه أخذ شفعتين . وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الأولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة . فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح البيع فى الكل وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفيع واحد . وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته الأولى وبطل فيه البيع وصح فى ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك وأخذهما بشفعته الثانية .

فـرع قال الشافعى : ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله ابنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواء ، لأنهما فيها شريكان .

قال المزنى : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه . قال المزنى : وفى تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ . وصورتها فى دار بين رجلين ، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم للباقى من الأخوين

المالكين سهمان ولكل واحد من ابن الميت سهم واحد ؛ باع أحد الابنين حقه وهو سهم واحد على أجنبى فالشفعة مستحقة فيه ، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم ؟ فيه قولان :

(أحدهما) وهو أحد قوليه فى القديم : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين :

(أحدهما) أنهما اشتركا فى سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته فى السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده بسببه .

(والثانى) أن ملك الأخوين كان مجتمعاً فى حياة الأب وقد يجرى عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معاً ولم يتعلق بسهم العم .

(والقول الثانى) قاله فى الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الأخ والعم لأمرين :

(أحدهما) أنه لما تساويا فى الاشتراك وجب أن يتساويا فى الاستحقاق كالمختلفى الأسباب .

(والثانى) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركا فى شفعته ، فاقتضى أن يشاركهما بشفعته فإذا تقرر توجيه القولين ، فإن قيل بأن الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم ؛ فإن عفا الأخ عنها احتمل استحقاق العم لها وجهين :

(أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها .

(والوجه الثانى) يستحقها لخلطته ، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه وإن قيل إنها بينهما كانت نصفين بالسوية ، وبه قال أبو حنيفة لأمرين : أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهما من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية ، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فاقتضى أن يتساوى الشريكان فيهما .

وإن تفاضلا فى المال اعتباراً بأعداد الرءوس لا بقدر الأملاك كالعبد المشترك يملك أحد الثلاثة نصفه والثانى ثلثه والثالث سدسه فإذا أعتق صاحبا النصف والسدس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة.

(والثانى) أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوى صاحب الأقل منهما صاحب الأكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم ، خمسة منها للعم منها أربعة بقديم ملكه وسهم بشفعته ، وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم بشفعته . والقول الثانى : قاله فى الجديد ــ وهو الصحيح ــ أنهما بينهما على عقدر مالهما اعتبارا بالأملاك ، وبه قال مالك لأمرين :

(الأمر الأول) : أن منافع الملك تتوزع على قدره كالأرباح فى التجارة والنتاج فى الحيوان .

(والثانى) أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤنة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة ، وهذا يقل ويكثر لقلة الملك وكثرته فوجب أن يتقسط على الأملاك دون الملاك .

وأما سوء المشاركة فظلم يمكن رفعه بالسلطان ، وفى هذا انفصال ، فعلى هذا تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثا . فأما المزنى فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالا بما ذكرنا من العتق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان تصرف المشترى فى الشقص ثم حضر الشفيع نظرت ، فان تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ ، وان تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين

أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثانى لأنه شفيع بالعقدين ، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما ، وان قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الاقالة والرد بالعيب ، ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الاقالة والرد بالعيب ، فملك الفسخ ، وان تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن ، الذى حلف عليه البائع ، لأن البائع أقر للمشـــترى بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذى حلف عليه ، فاذا بطل حق المشترى بالتحالف بقى حق الشفيع . وان اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبـــاً ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان :

(أحدهما) يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد .

(والثانى) ان البائع أولى لأن فى تقديم الشفيع اضراراً بالبائع فى اسقاط حقه من الرد والضرر لايزال بالضرر ، وان أصدق امرأته شقصاً وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان :

(أحدهما) يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج .

(والثانى) يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق) .

الشرح الأحكام : على المنصوص من حق الشفيع بقدم الملكأن يفسخ تصرف المشترى فى الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه أو رهنه أو أجره لسبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه فى الشفعة لأنه لا يملك الأخذ للشقص مادام تصرفه نافذاً فلا مناص من الفسخ . أما البيع والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين ، فإما أن يأخذ بالثمن الذى بذله المشترى أو بالثمن الذى أخذه أو بمهر المثل بمـــا هو الأحظ له .

فإذا تبايع الرجلان شقصاً فعفا الشفيع عن شفعته فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست استيفاء ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع فلو كان مشترى الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع

إبطال الوقف وأخذ الشقص بالشفعة وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة ، ولو أجره أخذه ثم له الخيار فى إمضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن ، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة للمشترى دون الشفيع لأنه عقدها فى ملكه ، ولو كان المشترى قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشترى الثانى وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشترى الأول .

وفى الصداق خلاف بين الفقهاء فقد قال مالك وابن أبى ليلى : يأخذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعى فى القديم لأن المهور قد يزاد فيها وينقص فخالفت البيوع وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) وجود هذا المعنى فى الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ثم لم يمنع ذلك من أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمتنع فى الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع .

(والثانى) أن مالا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص من ذلك البضع الذى لا مثل له ، فإنه يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص ، فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة المثل بإزاء مهر المثل كان زائداً عليه أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا فى مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد فى مهر مثلها ويسقط تنازعهما .

فــــرع قال الشافعى : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال : إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشىء منه ، وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ثم لا تخلو حال الشفيع من ثلاث أحوال :

(أحدها) أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة شفعته فللزوج أن يرجع

عليها بنصف قيمة الشقص فى أقل أحواله قيمة من حين أصدق إلى أن أقبض، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكها عنه ببيع أو هبة .

(والحال الثانية) أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته فيه فللزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه فى يدها ولا شفعة على الزوج فى النصف الذى ملكه بالطلاق لأنه ملك بغير بدل .

(والحال الثالثة) أن يكون الشفيع على حقه لعذر طال به فلم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج ، فأيهما أحق بالشفعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أن الزوج أحق من الشفيع لأن حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به ، وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان ظنياً ، والقطعى يرد الظنى ، فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً فى أخذ النصف الباقى بنصف مهر المثل .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين :

(ا) لأن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل ، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل .

(ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق ، فعلى هذا يعرض على الشفيع فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته ، وإن تركه رجع الزوج بنصفه ، وقد زعم بعض الأصحاب أن تخريج هذين الوجهين فى اختلافهم فى نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك ؟ فإن قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع ، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقاسم وكيله فى القسمة أو رفع الأمر الى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمناً كثيراً فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فان اختار المشترى قلع

الفراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد ، وان لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الفراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((لا ضرر ولا ضرار)) ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك .

فصل وان اشترى شقصاً وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فان كانت زيادته لا تتميز كالفسيل اذا طال وامتلا ، فان الشفيع ياخذه مع زيادته لأن مالا يتميز يتبع الأصل فى الملك كما يتبعه فى الرد بالعيب ، وان كانت متميزة كالثمرة فان كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا فى الرد بالعيب ، وان كانت غير ظاهرة ففيها قولان . قال فى القديم : تتبع الأصل كما تتبع فى البيع . وقال فى الجديد : لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض ، فلا يؤخذ به الا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فاذا لم يستثن تبع الأصل .

(فصل) اذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كالرد بالعيب ، فان كان الشقص فى يد المشترى أخذه منه ، وان كان فى يد البائع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يأخذ منه لأنه استحق فملك الأخذ ، كما لو كان فى يد المشترى . (والثانى) لا يجوز أن يأخذ منه ، بل يجبر المشترى على القبض ثم يأخذه منه ، لأن الأخذ من البائع يؤدى الى اسقاط الشفعة ، لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، فاذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما أدى اثباته الى اسقاطه سقط .

فصل ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالاخذ كتملك المباحات ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لأن الشرط انما يثبت مع تملك الاختيار ، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار ، وهل يثبت له خيار المجلس ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يثبت لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع .

(والثانى) لا يثبت لأنه ازالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب .

(فصل) وان وجد بالشقص عيباً فله أن يرده لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشترى فى البيع ، وان خرج مستحقاً رجع بالعهدة على المشترى لأنه أخذ منه على انه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه) .

الشرح قال الشافعى : ولو قاسم وبنى قيل للشفيع : إن شئت فخذ الثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه .

قال المزنى : هذا غلط ، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً . وصورة هذه المسألة فى رجل اشترى شقصا من دار وقاسم عليه ثم بنى فى حصته وحضر الشفيع مطالبا لشفعته قال الشافعى : قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائما ؛ ولا يجبر المشترى على قلعه لأنه بناه غير متعد وهكذا عمارة الأرض للزرع .

قال المزنى : هذا غلط من الشافعى لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة ، فلم تجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة وهذا الذى اعترض به المزنى على الشافعى من تنافى بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط ، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه .

(أحدها) أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل فى مقاسمة شركائه وكيلا فيطالب المشترى الوكيل بمقاسمته على ما اشترى ، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله فى المقاسمة ، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل فى طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمة ويكون المشترى غير متعد فى البناء .

(والوجه الثانى) أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل فى القسمة فيأبى المشترى الحاكم فيسأله أن يقاسمه على الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشترى وإذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة إلا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمة الحاكم عنه ، والمشترى غير متعد فى البناء .

(والوجه الثالث) أن يذكر المشترى للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن ويقاسم المشترى ، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشترى

فالقسمة صحيحة والشفعة واجبة والمشترى غير متعد ببنائه ، لأنه بالكذب متعد فى قوله لا فى قسمته وبنيانه ، فصار كرجل ابتاع داراً بثمن قد دلسه بعيب ثم بنى ووجد البائع العيب فى الثمن فعليه إذا رد المعيب واسترجع الدار أن يدفع إلى المشترى قيمة البناء قائماً لأنه بناء غير متعد فى فعله ، وإن دلس كاذبا فى قوله .

(والوجه الرابع) أن ينكر المشترى الشراء ويدعى الهبة فيكون القـول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه فى الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبنى وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء ، فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده الشراء لأنه تعدى فى القول دون الفعل .

(والوجه الخامس) : أن يكون الشفيع طفلا أو مجنونا فيمسك الولى على طلب الشفعة ويقاسم المشترى ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولى عن الشفعة مبطلا للقسمة، ولا مقاسمته مبطلا للشفعة .

فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة وبطـل اعتراض المزنى بها لم يجبر المشترى على قلع بنائه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء ، وقال أبو حنيفة : يجبر المشترى على قلع بنائه ولا قيمة له على الشفيع استدلالا بأن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب . وهذا خطأ لأن المشترى تام الملك قبل أخذ الشقص ألا تراه يملك النماء ؟ ومن بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعة عليـه ، ومن بنى فى ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبا لتعديه ونقض بنائه كالموهـوب له إذا بنى ورجع الواهب فى هبته ، ولأن الشفعة موضـوعة لإزالة الضرر فلم يجز أن تزال بضرر . وفى أخذ المشترى بهدم بنائه ضرر .

فأما الجـواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهـو تعـدى الغاصب بتصرفه فى غير ملكه ، وليس المشترى متعديا لتصرفه فى ملكه .

فـــرع قال الشافعى : ولو كان الشقص فى النخل فزادت كان له أخذها زائدة أما النخل فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تباع مفردة عن الأرض فلا شفعة فيها . وكذلك سائر الأشجار كالأبنية التى إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة ، لأنها مما ينتقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع .

(والقسم الثانى) أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعا للأرض بخلاف الزرع ، لأنه لا يتبع الأرض فى البيع ولا يتبعها فى الزرع ، والفرق بينهما أن إقرار الزرع فى الأرض غير مستدام وإقرار النخل والشجر مستدام .

وأوجب أبو حنيفة الشفعة فى الزرع تبعا للارض .

(والقسم الثالث) أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ففى وجوب الشفعة فيها وجهان ، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البياض على هذين الوجهين :

(أحدهما) فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت .

(والوجه الثانى) أنه لا شفعة فيه لأن قرار النخل يكون تبعاً لها ، فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فى تبعها فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقصاً من أرض ذات نخل وشجر فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفعة لغيبة أو عذر لا تبطل به الشفعة لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة ، فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلأ ، والغرس إذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته ، لأن مالا يتميز من الزيادة تبع لأصله ، وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة بعد البيع فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة ، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهى ملك المشترى ، لأن ما كان مؤبراً من الثمار لا يتبع أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجداد ، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففى استحقاق الشفيع لها قولان :

(أحدهما) يستحقها لاتصالها كما يدخل فى البيع تبعاً . وهذا قوله فى الجديد ، ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضاة فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استثنائها بالعقد . والشفعة استحقاق ملك بغير مراضاة فلم يملك بها إلا ما تناوله العقد ، وهكذا الحكم فى كل ما استحق بغير مراضاة كالشفعة والتفليس ، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة ؛ هل يكون ما لم يؤبر من الثمار فيهما تبعاً لأصلها ؟ على ما ذكرنا من القولين .

فرع أما قوله : إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ إلخ ، فقد مضى قولنا ما حاصله إن كان الشفيع قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال :

(ا) أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم فى الأخذ بها ، لأنها ثبتت بالنص الصحيح المرفوع وبالإجماع ، ولم يشذ إلا الأصم ، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الثمن يوماً أو يومين .

(ب) خياره فى التمسك بالشفعة والعفو عنها على ضربين صريح وتعريض، وذهب أبو حنيفة إلى صحة العفو فى بعض التعريض القوى لشبهه بالتصريح .

(جـ) زمان المكنة ، وقد أوضحنا كل هذه الأحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى .

فرع قال الشافعى : وإذا اشترى شقصاً على أنها بالخيار جميعاً فلا شفعة حتى يسلم البائع ، وإن كان الخيار للمشترى دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة اهـ قلت : إن ما يثبت من الخيار فى البيع على أربعة أقسام :

(الأول) خيار عقد (الثانى) خيار شرط

(الثالث) خيار رؤية (الرابع) خيار عيب

فالأول هو خيار المجلس فلا يستحق فيه الشفعة إلا بعد إمضائه بالافتراق عن تمام ، وسواء قيل : إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما ، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشترى فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع ، فإذا افترقا عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وبماذا يصير الشفيع مالكا ؟ على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله فى اقتضاء الملك .

(أولا) أن يكون مالكا لها بنفس العقد .

(ثانياً) أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذى يقول فيه لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق .

(ثالثاً) أن ملك الشفعة كان موقوفا على إتمام العقد وإمضائه فتمامه يدل على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد ، وهذا بدل على الذى يقول فيه : إن الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعد الأخذ خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا .

(أحدهما) أن له خيار المجلس لأنه يملك بمعاوضة كالبيع .

(والوجه الثانى) وهو أصح : أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعة لرفع الضرر بها كالرد بالعيب الذى لا يملك فيه بعد الرد خياراً وليس كالبيع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح وأما خيار الشرط فله ثلاثة أحوال :

(الأول) أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشترى .

(الثانى) أن يكون مشروطا للبائع دون المشترى .

(الثالث) أن يكون مشروطا للمشترى دون البائع ، فإن كان الخيار مشروطا للبائع والمشترى أو للبائع دون المشترى فلا حق للشفيع فى أخذه بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار كما ذكرنا فى خيار المجلس ، فإذا تم البيع

بينهما بانقضاء مدة الخيار استحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة ، وبماذا يصير مالكا لها ؟ على ما مضى من الأقوال الثلاثة ، وإن كان الخيار مشروطا للمشترى دون البائع فقد روى المزنى هاهنا أن الشفيع أخذه بالشفعة ، ورواه الربيع أيضا ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع فى أخذه إلا بسد نقص مدة الخيار ، فإن قيل : إنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار ، لأن الشفيع يملك عن المشترى امتنع أن يملك ما لم يملكه المشترى ، وإن قيل : إن الملك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان .

١ ـ أن فيه الشفعة لأن علقة البائع عنه منقطعة وخيار المشترى فيه كخياره فى الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ وهى رواية المزنى .

٢ ـ أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن المشترى لم يرض بدخوله فى عهدة العقد فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذى قد يحصل له من جهة الشفيع ، وهى رواية الربيع .

وأما خيار الرؤية فهو حال غياب العين المبيعة . وفى صحة البيع به قولان : ويتفرع عليهما خلاف فى صحة الشفعة ، وأما خيار العيب فإما أن يكون فى الشقص أو فى الثمن فالأول خياره للمشترى وللشفيع أن يأخذه منه بعيبه ويمنعه من رده ، لأن رد المشترى بالعيب لاستدراك الغبن وهو يستدرك من الشفيع للحصول على الثمن الذى دفعه ، فلو صالح المشترى البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقى بعد إسقاط الأرش ، إن قيل بجواز أخذ الأرش صلحا مع بقاء العين فى أحد الوجهين ، وإن قيل : لا يجوز أخذه الشفيع بجميع الثمن ، وأما العيب فى الثمن ففى آخر الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل الى الورثة كقبض المشترى فى البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وان كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنها شفعة واحدة ، فاذا عفا عن بعضها سقط الباقى كالشفيع اذا عفا عن بعض الشقص .

(والثانى) لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين .

فصل اذا اختلف الشريكان فى الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وقال الآخر : بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة ، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فان نكل عن اليمين حلف المدعى وأخذ بالشفعة ، وفى الثمن ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يقال للمدعى عليه : قد أقر لك بالثمن وهو مصدق فى ذلك ، فاما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذى لك عليه كما قلنا فى المكاتب اذا حمل نجما الى المولى فادعى المولى أنه مغصوب .

(والثانى) أنه يترك الثمن فى يد المدعى لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر فى يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له .

(والثالث) يأخذه الحاكم ويحفظه الى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك .

فصل وان ادعى كل واحد منهما على شريكه انه ابتاع حصته بعده ، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة ، فالقول قول كل واحد منهما ، لما ذكرناه ، فان سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه ، ثم يدعى الحالف على الآخر فان حلف استقر أيضاً ملكه ، وان نكل الأول ردت اليمين على المدعى فاذا حلف استحق ، وان أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة) .

الشرح الأحكام : سبق الكلام فى ميراث الشفعة فى فصل مضى ، فإذا صح ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده ، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة ، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع ، ثم يكون بين جميع من ملك ميراث الحصة ، وفيها قولان :

(أحدهما) أنها بينهم على عدد رءوسهم ، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاه المزنى عن الشافعى .

(والثانى) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن وللابن الباقى وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من له يعف ، وكان لمن بقى من الورثة ــ ولو كان واحداً أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء ، فإذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقى ، وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوى فيها الوارث بنسب وسبب ، وهى بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن والباقى للابن قولا واحداً ، لأنهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريثهم ، ويكون تأويله ما نقله المزنى عن الشافعى أن امرأته وابنه فى ذلك سواء ، يعنى فى استحقاقهما لجميع الورثة ، لا يختص بها بعضهم دون بعض ، قال الماوردى: كان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزنى أحد القولين .

فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعة .

(والقول الثانى) وهو أصح أنه لا يرجع على من بقى . لأن جميعهم شفيع واحد . وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل ، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشىء حتى يجتمعوا ، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه شفعة من بقى ؟ على وجهين :

(أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : أنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته سقط جميعها .

(والثانى) وبه قال أبو حامد الاسفراينى : إن من لم يعف على شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته ، لأن الواحد قد كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها ، وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ، ولأن العافى عن البعض مختار للعفو فجاز أن يسرى عفوه فى جميع حقه ، وليس الباقى من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره فى حقه .

فـــرع إذا ادعى على شريكه : أنك اشتريت نصيبك مـــن عمرو فلى شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال : بل ورثته مـــن أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد بن الحسن: تثبت . ويقال له : إما أن تدفعه وتأخـــذ الثمن وإما أن ترده إلى البـــائع فيأخذ الشفيع منهما لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع .

فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيـــه الشقص ؛ ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه ، فإن أقر لزمه . وإن أنكر وقال : إنما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برىء وإن نكل قضى عليه . وإن قال : لا تستحق على الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الانكـــار . وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليـــه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه :

(الأول) يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفع إليـــه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها .

(الثانى) أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشترى ، ومتى ادعاه دفع إليـــه .

(الثالث) يقال له : إما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به ، وهذا لا يطالب الشفيع بشىء ، فلا ينبغى أن يكلف إبراءه مما لا يدعيه . والوجه الأول أولى وبهذا قال الحنابلة .

فـــرع إذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحـــد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها ؟ فإن قالا :

ملكناها دفعة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعد .

وإن قال كل واحد منهما ملكى سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن جدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه ، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثانى على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وأن ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اختلفا فى الثمن فقال المشترى الثمن الف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشترى مع يمينه لانه هو العاقد فكان اعرف بالثمن ولأنه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة .

(فصل) وان ادعى الشفيع أن الثمن الف ، وقال المشترى لا أعلم قدره فالقول قول المشترى ، لأن ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف ، ويجوز ان يكون قد علم الثمن ثم نسى ، فاذا حلف لم يستحق الشفعة لأنه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه .

وقال ابن عباس : يقال له اما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن الف ويستحق ، كما نقول فيمن ادعى على رجل الفا فقال المدعى عليه : لا أعلم القدر ، والمذهب الأول ، لأن ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز ان يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسى ، ويخالف اذا ادعى عليه ألفاً ، فقال : لا أعرف القدر ، لأن هناك لم يجب عن الدعوى . وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة ، وانما ادعى الجهل بالثمن .

فصل وان قال المشترى : الثمن ألف . وقال الشفيع لا اعلم هل هو الف أو أقل ، فهل له أن يحلف المشترى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ليس له أن يحلفه حتى يعلم ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

(والثانى) له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى ، وان قال المشترى الثمن ألف ، وقال الشفيع : لا أعلم كم هو ؟ ولكنه دون الألف ، فالقول قول المشترى ، فان نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن ، لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم .

فصل وان اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا فى قيمته ، فالقول قول المشترى ، لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى .

فصل وان اقر المشترى أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشترى لم يلزم الشفيع أكثر من الألف ، لأن المشترى اقر بانه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه فى حقه فان كذبه المشترى فأقام عليه بينة ان الثمن ألفان لزم المشترى الألفان ، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف ، لأنه كذب البينة باقراره السابق) .

الشرح قال الشافعى : وإن اختلف فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه ، وهذا كما قال : إذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر الثمن فادعى المشترى أن الثمن ألف وقال الشفيع : خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشترى مع يمينه لأمرين :

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره .

(والثانى) أنه مالك للشقص فلم ينتزع منه الا بقوله ، فإن حلف المشترى على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به ، وإن نكل المشترى ردت اليمين على الشفيع ، فإن حلف أخذه بما قال .

فإن قيل : لماذا تحالفا عليه كما يتحالف المتبايعان ؟ قيل لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما فى الشقص . والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى ، فكان القول قول المشترى لتفرده بالانكار ، فلو أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها ، والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين ، فإن أقامها المشترى استفاد بها سقوط اليمين ، فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه ، ولو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم لقول الشافعى : فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهوم

فى شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد فى الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده .

فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه من الثمن ، فعند أبى حنيفة ومحمد بن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها ، وعند أبى يوسف أن بينة المشترى أولى ، لأن فيها زيادة علم ، ويخرج فى مذهب الشافعى على قولين من تعارض البينتين .

١ ــ اسقاطهما بالتعارض ، ويكون القول قول المشترى مع يمينه .

٢ ــ الإقراع بينهما فمن قرعت بينته كان أولى ، وهل يحلف معهما أم لا ؟ على قولين من اختلاف قولين فى القوعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبينة ؟

فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالألف عند يمين المشترى ثم قامت البينة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع بخمسمائة ولا خيار للشفيع ، لأنه لما رضى الشقص بالألف كان له بخمسمائة أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه ثم قامت البينة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالألف أو يرده .

ولو ادعى المشترى أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بها ثم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصوت ، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشىء ، لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء ، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشترى بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه . وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشترى ولا خيار له .

فلو قال المشترى إن الثمن ألف وقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمى بنقصه عن الألف فله إحلاف المشترى ، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن ، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشترى أم لا ؟ على وجهين :

١ – لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

٢ – يستحق إحلافه ما لم يصدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول .

فرع ولو قال المشترى : لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث ، قيل للشفيع : أتعلم قدره أم لا ؟ فإن قال لا أعلم قدره فلا شفعة له . وله إحلاف المشترى أنه لا يعلم قدرالثمن ، وإنما يطلب لأنها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعاً من استحقاقها بمجهول .

فإن قال الشفيع : أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم . وقال المشترى : قد نسيت قدر الثمن ، قيل للمشترى : أفتصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال : نعم ، أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين . وإن أكذبه قال الشافعى : حلف المشترى بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفعته .

واختلف أصحابنا فى ذلك . فكان أبو حامد المروروذى وأبو حامد الاسفرايينى يجعلان هذا القول مذهبا له فى هذه المسألة ، ويبطلان بيمين المشترى الشفعة تعليلا بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به .

وكان أبو العباس بن سريج وأبو على بن أبى هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفا إلى المسألة الأولى عند نسيان المشترى وجهل الشفيع دون المشترى ، ويحكم له بالشفعة ، وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشترى كالنكول فوجب رد اليمين على الشفيع .

قال الشافعى : وسواء فى ذلك قديم الشراء وحديثه ، وهذا إنما أراد به ما ادعى ، فإنه قال : إن ادعى المشترى نسيان الثمن والشراء حديثاً حلف الشفيع وحكم له بالشفعة ، وإن كان الشراء قديماً حلف المشترى وبطلت الشفعة ورفض الماوردى هذا الفرق وقال : هذا قول مرذول وفرق معلول . فأما إن اختلف البائع والمشترى فى الثمن فقال البائع : بعته بألف ، وقال

المشترى : اشتريته بخمسمائة فإنهما يتحالفان ، فإذا حلفا ففى بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرا فى البيوع .

(أحدهما) أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه .

(والثانى) أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ ، فعلى هذا لا يخلو حال الثمن من أحد أمرين إما أن يكون معينا أو غير معين ، فإن كان الثمن معينا كقول البائع بعتك شقصى بهذه السيارة فيقول المشترى : اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل فإذا تحالفا وامتنع المشترى أن يأخذه بالسيارة التى ادعاها البائع ثمنا لم يعرض على الشفيع لأن عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه ؛ وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشترى بخمسمائة ، عرض الشقص على المشترى والشفيع بالألف ليأخذاه أو يرداه لأنه قد يحصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشترى ، فلذلك عرض عليهما ؛ وإذا كان كذلك فللشفيع والمشترى أربعة أحوال .

(أحدها) أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشترى الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف .

(ثانيها) أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

(ثالثها) أن يرضاه المشترى بالألف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشترى بالألف وتبطل شفعة الشفيع .

(رابعها) أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشترى فيكون رد المشترى باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع ، ويصير البيع لازماً للمشترى ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالألف ، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشترى ورجع عليه بالثمن لأن عهدته عليه ، وللمشترى حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان كان بين رجلين دار وغاب احدهما وترك نصيبه فى يد رجل فادعى الشريك على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه استحق أخذه بالشفعة ، فأقر به ، فهل يلزمه تسليمه اليه بالشفعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يسلمه ، لأنه اقر بالملك للغائب ، ثم ادعى انتقاله بالشراء ، فلم يقبل قوله .

(والثانى) يسلم اليه لأنه فى يده فقبل قوله فيه .

فصـــل وان أقر احد الشريكين فى الدار أنه باع نصـــيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وأنكر الرجل ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك ، لأن الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك ، وذهب عامة أصحابنا الى أنه تثبت الشفعة ، وهو جواب المزنى فيما اجاب فيه على قول الشافعى رحمه الله ، لأنه أقر للشفيع بالشفعة ، وللمشترى بالملك ، فاذا اسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه احدهما وصدقه الآخر ، وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشترى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك لأنه يصل الى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجـة به الى خصومة المشترى .

(والثانى) له أن يخاصمه لأنه قد يكون المشترى اسهل فى المعاملة مـــن الشفيع ، فان قلنا : لا يخاصم المشترى أخذ الشفيع الشـــقص من البائع وعهدته عليه لأنه منه أخذ ، واليه دفع الثمن .

وان قلنا : يخاصمه . فان حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجـع بالعهدة عليه ، وان نكل فحلف البائع سلم الشقص الى المشترى وأخذ الشفيع الشقص من المشترى ، ورجع بالعهدة عليه لأنه منه أخذ ، واليه دفع الثمن ، وأن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وانكر المشترى ، فمن قال : لا شفعة اذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة اذا أقر بقبضه ، ومن قال : تثبت الشفعة اذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا اذا أقر بقبضه ، فمنهم من قال : لا تثبت لأنه يأخذ الشقص من غير عوض ، وهذا لا يجوز ، ومنهم من قال تثبت ، لأن البائع أقر له بحق الشفعة وفى الثمن الأوجه الثلاثة التى ذكرناها ، فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك ، والله أعلم) .

الشرح قال الشافعى : وعهدة المشترى على البائع وعهدة الشفيع

على المشترى ، قال الماوردى فى الحاوى : أما العهدة فمشتقة من العهد لما فيه من الوفاء بموجبه قال تعالى « وأوفوا بعهـد الله إذا عاهـدتم » وقال الفيومى فى المصباح : العهد الوصية يقال : عهد إليه يعهد من باب تعب إذا أوصاه وعهدت إليه بالأمر قدمته وفى التنزيل « ألم أعهد إليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان » والعهد الأمان والموثق والذمة ، ومنه قيل للحـربى يدخل بالأمان ذو عهد ، ومعاهد أيضاً بالبناء للفاعل والمفعول ، لأن الفعـل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه ــ إلى أن قال ــ وقولهم : عهدته عليه من ذلك لأن المشترى يرجع على البائع بما يدركه وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لأنه يرجع إليها عند الالتباس ا هـ .

ونعود إلى قول الشافعى فنقول : لقد سمى ضمان الدرك عهدة ثم سمى كتـاب الشراء (الفاتورة) عهدة ، واختلف الفقهاء فى عهـدة الشفيع هل تجب على البائع أو على المشترى ؟ فذهب الشافعى إلى أن عهدة الشـفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع .

وقال ابن أبى ليلى : عهدة الشفيع على البائع ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشفيع قد قبضه من المشترى فعهدته على المشترى ، وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشترى وكانت عهدته على البائع .

فأما ابن أبى ليلى فاستدل بأن البائع أصـل والمشـترى فرع ، فكان الرجوع على البائع أولى من المشترى ، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجـود الأصل . قال : ولأن المشترى يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على عـلم بانتقال الشراء إلى الشفيع ، ثم ثبت فى شراء الوكيل أن العهدة على البـائع دون الوكيل ، كذلك فى استحقاق الشفيع .

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع له أن يفسخ عقد المشترى بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك ودليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشترى . بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشترى ، ولو حدث منه نماء لكان للمشترى ، فوجب أن

تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشترى ، وتحريره قياساً أن انتقال الملك بالعوض ممن يظاهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبيع ، ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق فى الرد بالعيب كما يستحق فى الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به فى الرد بالعيب مستحقاً على المشترى دون البائع وجب أن يكون الرجوع به فى الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشترى دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

(أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشترى دون البائع قياساً على الرد بالعيب .

(والثانى) أن من استحق عليه الثمن فى الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن فى الاستحقاق وبالغصب قياسا على المشترى لو كان بائعا .

(فأما الجواب) عن استدلال ابن أبى ليلى بأن البائع أصل والمشترى فرع فمنتقص بالمشترى لو باع على الشفيع ، ثم نقول : إن المشترى وإن كان فرعا للبائع فإنه أصل للشفيع .

(وأما الجواب) عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين .

(أحدهما) أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشترى وبين تركه عليه صار مالكا عنه لا عن البائع ، ولما لم يكن للموكل خيار فى أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكا عن البائع دون الوكيل .

(الثانى) أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشترى دون البائع صار مالكا عنه لا عن البائع ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكا عنه لا عن الوكيل .

(وأما الجواب) عن استدلال أبى حنيفة بأنه لما ملك إزالة ملكه رفع عقده فمن وجهين :

(أحدهما) أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك رفع عقده فكذلك قبل القبض .

(الثانى) أنه بالعقد ملك الشفعة ، و فى رفعه إبطال الشفعة .

فــرع فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشترى له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج (أحدهما) ليس له ذلك لأنه يحل محل المشترى فى الأخذ بالثمن ، ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض ، فعلى هذا يأخذ الحاكم المشترى بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه فإن كان المشترى غائبــاً وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه .

(والثانى) وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشترى ، لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق ، وإن كره المشترى فجاز ، وإن كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضــمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشــترى ؛ وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزى .

فــرع قال المزنى : ولو أن البائع قال : قد بعت من فلان شقصاً بألف درهم وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص وصورتها فى رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشترى الشراء وحضر الشفيع مصــدقا للبائع ومطالبــا بالشفعة ، فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشترى .

(ثانيهما) أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعيا بقــاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه بإقراره وإن ردت دعواه وفى منعه من محاكمة المشترى وإحــلافه على الإنكار وجهان :

(أحدهما) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشترى .

(الثانى) أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه بإقراره وان ردت دعواه . وفى منعه من محاكمة المشترى وإحلافه على الإنكار وجهان :

(أحدهما) قول أبى على بن أبى هريرة : ليس له إحلافه ، لأن قصده حصول الثمن وقد حصل له ، وسواء حصل له من مشتر أو شفيع ، ولأنه لا يؤمن إن أحلف أن يحكم بفسخ البيع ، وفيه إبطال لحق الشفيع .

(ثانيهما) له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بانكاره ، لما فيه من البغية لوصول الملك إلى مستحقه ، ولا يبطل ليمينه حق الشفيع ؛ فإذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع وتكون عهدة الشفيع هنا على البائع دون المشترى ، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم تلزمه عهدته . هذا ولم يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الأوجه وأحكامها ، وسأفرد ما قيدته فيها فى كتاب مستقل إن شاء الله تعالى . والله أعلم بالصواب .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب القـــراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه « أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه فى المدينة ، وتوفران رأس المال الى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل فكتب الى عمر أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا : لا ، فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما . أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ، فأخذ رأس المال ونصف ربحه . وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال » ولأن الأثمان لا يتوصل الى نمائها المقصود الا بالعمل ، فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل فى المساقاة .

(فصـــل) وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له فى لغة أهـــل الحجاز ، وبلفظ المضاربة لأنه موضوع له فى لغة أهل العراق ، وبما يؤدى معناه لأن المقصود هو المعنى ، فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك .

(فصـــل) ولا يصح الا على الأثمـــان وهى الدراهم والدنانير ، فأما ماسواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس ، فلا يصح القراض عليها لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك فى الربح ، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود ، لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه فى رد مثله ، ان كان له مثل ، وفى رد قيمته ان لم يكن له مثل. وفى هذا اضرار بالعامل ، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب فى رد مثله أو رد قيمته ، ثم يشارك رب المال فى الباقى ، وفى هذا اضرار برب المال ، لأن العامل يشاركه فى أكثر رأس المال . وهذا لا يوجد فى الأثمان لأنهـا لا تقوم بغيرها ، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض .

(فصـــل) ولا يجوز الا على مال معلوم الصفة والقدر ، فان قارضه على دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد رأس المال ، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره ، فان دفع اليه كيسين فى كل واحد منهما الف درهم ، فقال : قارضتك على احدهما واودعتك الآخر ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح لأنهما متساويان .

(والثانى) لا يصح ، لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة .

وان قارضه على الف درهم هى له عنده وديعة جاز ، لأنه معلوم ، وان قارضه على الف درهم هى له عنده مغصوبة ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح كالوديعة .

(والثانى) لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان ؛ فلا يصير مقبوضـــاً قبض أمانة) .

الشرح قال العلامة شهاب الدين ابن حجر الهيثمى فى شرحه على المنهاج للشيخ الامام محيى الدين النووى رحمهما الله تعالى ورضى عنهما ونفعنا ببركاتهما :

القراض من القرض أى القطع ، لأن المالك قطع له قطعة من ماله ليتصرف فيها ، ومن الربح . والأصل فيه الاجمـــاع ، وروى أبو نعيم وغـــيره « أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة أم المؤمنين رضى الله عنها ، قبـــل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنه إذا ذاك خمس وعشرون سنة بمالها إلى بُصْرى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة ، وهو قبل النبوة » فكان وجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقرراً له بعدها ، وهو قياس المساقاة بجامع أن فى كل العمل فى شيء ببعض نمائه مع جهالة العوض ، ولذا اتحدا فى أكثر الأحكام ، وكان قضية ذلك تقديمها عليه ، وكان عكسهم لذلك إنما هو لأنه أشهر وأكثر وأيضاً فهى تشبه الاجارة أيضاً فى اللزوم والتأقيت ، فتوسطت بينهما إشعاراً بما فيها من الشبهين ، وهو رخصة لخروجه عن بيع ما لم يخلق .

والقراض : وهو لغة أهل الحجاز ، والمضاربة وهو لغة أهل العراق ، لأن كلا يضرب بسهم من الربح ، ولأن فيه سفراً ، وهو يسمى ضرباً ، أى

موضوعهما الشرعى هو العقد المشتمل على توكيل المالك الآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما ، فخرج بيدفع مقارضته على دين عليه أو على غيره .

وقوله : بع هذا وقارضتك على ثمنه ، واشتر شبكة واصطد بها ، فلا يصح . نعم يصح البيع وله أجرة المثل ، وكذا العمل إن عمل ، والصيد فى الأخيرة للعامل وعليه أجرة الشبكة التى لم يملكها كالمغصوبة ، ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون .

وأركانه ستة : عاقدان وعمل وربح ومال وصيغة .

ويشترط لصحته كون المال دراهم أو دنانير بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل ، والوثوق بالربح جوز للحاجة فاختص بما يروج غالباً ، وهو النقد المضروب لأنه ثمن الأشياء ، ويجوز عليه وان أبطله السلطان كما بحثه ابن الرفعة ، ونظر فيه الأذرعى إذا عز وجوده أو خيف عزته عند المعاملة ، ويجاب بأن الغالب مع ذلك تيسر الاستبدال به ، فلا يجوز على تبر ، وهو ذهب أو فضة لم يضرب ، سواء القراضة وغيرها وتسمية الفضة تبراً تغليب ، وحلى وسبائك لاختلاف قيمتها ، ومغشوش وإن راج ، وعلم قدر غشه ، واستهلك وجاز التعامل به . وقيل : يجوز عليه إن استهلك غشه . وجزم به الجرجانى ، وقيل : إن راج ، واقتضى كلامهما فى الشركة تصحيحه ، واختاره السبكى وغيره .

وعروض مثلية أو متقومة ، وكونه معلوماً قدره وجنسه وصفته ، فلا يجوز على نقد مجهول القدر ، وإن أمكن علمه حالا ولا على ألف ، ولو علم جنسه أو قدره أو صفته فى المجلس .

ولو قارضه على ألف من نقد كذا ثم عينها فى المجلس صح . فإن قلت : ظاهر قولهم عن الشرح الصغير وغيره : لو قارضه على دراهم غير معينة ثم عينها فى المجلس صح ، خلافاً للبغوى أنه لا يحتاج لقوله من نقد كذا . قلت :

بل لابد منه بدليل تعليلهم للصحة بالقيـاس على ما فى الصرف والسـلم . والذى فيهما أن الألف معلومة القدر والصفة ولو قارضه على صرة معينـة بالوصف غائبة عن المجلس صح على ما رجحه السبكى أنه يشترط هنا الرؤية لأنه توكيل ، وهو متجه . وإطلاق الماوردى منعه فى الغائب يحمل على غائب مجهول بعض صفاته على أن مما يضعفه أنه جعل ذلك علة للمنع فى الدين على العامل معيناً فيمتنع على منفعة ودين له فى ذمة الغير ، وعلى إحدى الصرتين .

نعم لو قارضه على ألف درهم مثلا فى ذمته ثم عينها فى المجلس وقبضها المالك جاز خلافاً لجمع كالصرف والسلم بخلاف ما فى ذمة الغير ، فانه لا يصح مطلقاً كما هو ظاهر كلامهم لأنه غير قادر عليه حالة العقد ، فوقعت الصيغة باطلة من أصلها ، ولم ينظر إلى تعيينه فى المجلس ، ولا ينافيه قول شيخنا : يصح القراض مع غـير الوديع والغاصب بشرطه كمـا هو ظاهر ا هـ .لأن القدرة على العين أقوى منها على الدين .

ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال :قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر ، جاز . وإن لم تتعين ألف القراض ، وينفرد العامل بالتصرف فيه ويشتركان فى التصرف فى الباقى ولو قارضه على ألفين على أن له من أحدهما نصف الربح ومن الآخر ثلثه صح إن عين كلا منهما ، وإلا فلا . وفى الجواهر فى ذلك كلام كالمتناقض فليحمل على هذا التفصيل .

قيل هنا : لو أعطاه ألفاً وقال : اضم إليه ألفاً من عندك والربح بيننـا سواء صح . وظاهره صحة ذلك قراضاً وليس مراداً ، بل إذا خلطه بألفـه صار مشتركاً فيأتى فيه أحكام الشركة كما هو واضح ، وقيل : يجوز على إحدى الصرتين إن علم ما فيهما وتساويا جنساً وقدراً وصفة ، فيتصرف العامل فى أيهما شاء ، فيتعين للقراض ، والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع .

نعم إن عين إحداهما فى المجلس صح بشرط علم عين ما فيها ، كما هو ظاهر ، ويفرق بين هذا وما مر فى العلم بنحو القدر فى المجلس ، بأن الابهام هنا أخف لتعيين الصرتين ، وإنما الإبهام فى المرادة منهما بخلافه فيما مر ،

وقضية ما ذكر فى تعيين إحدى الصرتين صحته فيما لو أعطاه ألفين وقال : قارضتك على أحدهما ثم عينه فى المجلس ، وهو ما اعتمده ابن المقرى فى بعض كتبه ، ومال شيخنا فى الروض إلى فساده ، قال : لفساد الصيغة ، ويرده ما فى نسخ شرح المنهج المعتمدة أنه لو علم فى المجلس عين إحدى الصرتين صح ، ولا فرق بين أحد الألفين وإحدى الصرتين ، فالأوجه ما قاله ابن المقرى وضبط بخطه الصرتين . وكونه مسلماً إلى العامل بحيث يستقل باليد عليه ، وليس المراد تسليمه حال العقد ولا فى المجلس ، بل أن لا يشترط عدم تسليمه كما أفاده قوله : (فلا يجوز كون المال فى يد المالك) ولا غيره لأنه قد لا يجده عند الحاجة . ويشترط أيضاً استقلال العامل بالتصرف ، فحينئذ لا يجوز شرط عمله ومثله غيره معه ، لأنه ينافى مقتضاه من استقلال العمل بالعمل .

وقال أبو منصور الأزهرى فى (الزاهر فى غريب ألفاظ الشافعى) :

القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل عيناً أو ورقاً ويأذن له بأن يتجر فيه، على أن الربح بينهما على ما يتشارطانه . وأصل القراض مشتق من القرض : وهو القطع . وذلك أن صاحب المال قطع للعامل فيه قطعة من ماله ، وقطع له من الربح فيه شيئاً معلوماً . والقرض الذى يدفعه المقرض إلى الرجل الذى يستقرضه : مأخوذ من هذا ، لأن المقرض يجعله مقروضاً من ماله للمستقرض أى يجعله مقطوعاً لا يتعداه ، وقرض الفأرة قطعها الثوب وقد يوضع القرض موضع المعارضة والموازاة ، يقال : قارضت فلاناً وقرضته ، إذا سابته وقطعت عرضه بالسب ، واقترضته كذلك ، ومنه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « عباد الله إن الله رفع الحرج إلا من اقترض عرض امرىء مسلم ، فذلك الذى حرج » (رواه أبو داوود فى المناسك) يريد إلا من سب عرض امرىء مسلم ، وقطعه بالذم وسوء القول ، ومنه قول أبى الدرداء : إن قارضت الناس قارضوك ، وإن تركتهم لم يتركوك .

وقد يكون التقارض والمقارضة فى الثناء والمدح ، وذلك أن يمدح الرجل رجلا فيمدحه الممدوح بمثل مدحه له ، ويقال : هما يتقارضان الثناء وهذا مأخوذ من القرض الذى هو بمعنى المحاذاة والمعارضة .

وسميت هـذه الشركة مضاربة ، لأن العامل الذى يضرب بالمال الذى أخذه من صاحبه فى الأرض يتجر فيه ، يقال : ضرب فى الأرض : إذا سافر ، فأهل الحجاز يسمونها : قراضاً ، وأهل العراق يسمونها : مضاربة ، ومعناهما واحد ، والأصل فيهما ما أعلمتك .

قال الشافعى رحمه الله : فإن كان القراض فاسداً ، فاشترى العامل بعين المال ، فهو فاسد .

أراد : أنه لما اشترى السلعة قال : اشتريتها بهذا المال ــ وأشار إليه ــ ولم يقل : اشتريته بكذا ديناراً ــ ضمنها فى ذمته ــ وعين كل شىء نفسه .

وقوله : الربح له والوضيعة عليه .

أراد بالوضيعة : الخسران ــ يقال : وضع فلان فى تجارته : إذا خسر فيها .

وقال الشيخ محيى الدين النووى فى الروضة :

القراض والمقارضة والمضاربة ، بمعنى ، وهو أن يدفع مالا إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما . ودليل صحته إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وفيه ثلاثة أبواب .

الأول : فى أركان صحته ، وهى خمسة .

[الركن] الأول : رأس المال ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون نقداً ، وهو الدراهم والدنانير المضروبة ، ودليله الاجماع . ولا يجوز على الدراهم المغشوشة على الصحيح ، ولا على الفلوس على المذهب .

قلت : قد ذكر الفورانى فى جواز القراض على ذوات المثل وجهين ، وهذا شاذ منكر ، والصواب المقطوع به : المنع . والله أعلم .

الشرط الثانى : أن يكون معلوماً . فلو دفع إليه ثوباً وقال : بعه وقد قارضتك على ثمنه ، لم يجز .

الشرط الثالث : أن يكون معيناً . فلو قارض على دراهم غير معينة ، ثم أحضر فى المجلس وعينها ، قطع القاضى والامام بجوازه ، كالصرف والسلم ، وقطع البغوى بالمنع . ولو كان له دين على رجل ، فقال لغيره : قارضتك على دينى على فلان ، فاقبضه واتجر فيه ، أو قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، أو اقبضه فاذا قبضته فقد قارضتك عليه ، لم يصح ، وإذا قبض العامل وتصرف فيه ، لم يستحق الربح المشروط ، بل الجميع لرب المال ، والعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال : إذا قبضت فقد قارضتك . وإن قال : قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، استحق أجرة مثل التقاضى والقبض أيضاً . ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذى لى عليك ، لم يصح القراض ، بل لو قال : اعزل قدر حقى من مالك ، فعزله ، ثم قال : قارضتك عليه ، لم يصح ، لأنه لم يملكه . فإذا تصرف المأمور فيما عزله ، نظر ، إن اشترى بعينه للقراض ، فهو كالفضولى يشترى لغيره بعين ماله . وإن اشترى فى الذمة ، فوجهان . أصحهما عند البغوى : أنه للمالك ، لأنه اشترى له باذنه . وأصحهما : عند الشيخ أبى حامد : للعامل ، لأن المالك لم يملك اليمين . وحيث كان المعزول للمالك ، فالربح ورأس المال له ، لفساد القراض ، وعليه الأجرة للعامل . ولو دفع كيسين فى كلٍّ ألف ، وقال : قارضتك على أحدهما ، فوجهان . أحدهما : يصح ، لتساويهما . وأصحهما : المنع ، لعدم التعيين .

قلت : فعلى الأول يتصرف العامل فى أيهما شاء ، فيتعين للقراض . والله أعلم .

ولو كانت دراهمه فى يد غيره وديعة ، فقارضه عليها ، صح ، ولو كانت غصباً ، صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا ، لا يبرأ من ضمان الغصب كما فى الرهن .

قلت : معناه : لا يبرأ بمجرد القراض . أما إذا تصرف العامل فباع

واشترى ، فيبرأ من ضمان الغصب ، لأنه سلمه بإذن المالك ، وزالت عنه يده ، وما يقبضه من الأعواض ، يكون أمانة فى يده ، لأنه لم يوجد منه فيها مُضمِّن . والله أعلم .

الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلَّماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يكون الكيس فى يده ، ويوفى منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أنه يراجعه فى التصرفات ، أو مشرفاً نصبه ، فسد القراض . ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه ، فسد على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخى : يجوز على سبيل المعاونة والتبعية . ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك ، فوجهان . ويقال : قولان . الصحيح الذى عليه الأكثرون : صحته ، لأن العبد مال ، ولمالكه إعارته وإجارته ، فيكون فى معنى إذن المالك فى استخدامه . هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل ، فأما إذا قال : على أن يعمل معك غلامى ولا تتصرف دونه ، أو يكون بعض المال فى يده ، فيفسد قطعاً . ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ، جاز على المذهب . ولو لم يشرط عمل الغلام معه ، ولكن شرط ثلث الربح له ، والثلث لغلامه ، والثلث للعامل ، جاز . وحاصله : اشتراط ثلثى الربح لنفسه ، نص عليه فى « المختصر » .

فـــرع

قال المتولى : لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة ، فقال لشريكه : قارضتك على نصيبى منها ، صح ، إذ ليس له إلا الاشاعة ، وهى لا تمنع صحة التصرف . قال : ولو خلط ألفين بألف لغيره ، ثم قال صاحب الألفين للآخر : قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر ، فقبل ، جاز ، وانفرد العامل بالتصرف فى ألف القراض ، ويشتركان فى التصرف فى باقى المال ، ولا يخرج على الخلاف فى الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين ، لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف .

فـــرع

لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار ، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال ، فالمنفعة أولى .

الركن الثانى : العمل ، وله شروط .

الأول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط مسائل .

الأولى : لو قارضه على أن يشترى الحنطة فيطحنها ويخبزها ، والطعام ليطبخه ويبيعه ، والغزل لينسجه ، والثوب ليقصره أو يصبغه ، والربح بينهما ، فهو فاسد . ولو اشترى العامل الحنطة ، وطحنها من غير شرط ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول القاضى حسين وآخرين : يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض [1] . فإن لم يكن فى يده غيره ، انفسخ القراض ، لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط . وعلى هذا ، لو أمر المالك العامل بطحن حنطة القراض ، كان فسخاً للقراض . وأصحهما : أن القراض بحاله ، كما لو زاد عبد القراض بكبر ، أو سمن ، أو تعلم صنعة ، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض ، لكن إن استقل العامل بالطحن ، صار ضامناً ، ولزمه الغرم إن نقص الدقيق . فإن باعه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يتعد فيه ، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة ولو استأجر عليها ، والأجرة عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطا .

الثانية : قارضه على دراهم على أن يشترى نخيلا ، أو دواب ، أو مستغلات ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها ، وتكون الفوائد بينهما ، فهو فاسد ، لأنه ليس ربحاً بالتجارة ، بل من عين المال .

الثالثة : شرط أن يشترى شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما ، فهو فاسد ، ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجرة الشبكة .

---

(١) فى نسخ الظاهرية : يخرج الدقيق عن كونه مال قراض .

الشرط الثـانى : أن لا يكون مضيقا عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخز الأدكن ، والخيل العتيق ، والصيد حيث يندر ، فسد القراض ، لأنه تضييق يخل بالمقصود . وإن لم يندر ، ودام شـتاء وصيفاً كالحبوب ، والحيوان والخز ، والبز ، صح القراض . وإن لم يدم ، كالثمار الرطبة ، فوجهان . أصحهما : الجواز . والثانى : المنع ، إلا إذا قال : تصرف فيه ، فإذا انقطع ، فتصرف فى كذا ، فيجوز . ولو قال : لا تشتر إلا هذه السلعة ، أو إلا هذا العبد ، فسد ، بخلاف ما لو قال : لا تشتر هذه السلعة ، لأنه يمكن شراء غيرها . ولو قال : لا تبع إلا لزيد ، أو لا تشتر إلا منه ، لم يجز ، وقال الماسرجسى : إن كان المعين بياعاً لا ينقطع عنده المتـاع الذى يتجر فى نوعه غالباً ، جاز تعيينه ، والمعروف ، الأول . ولو قال : لا تبع لزيد ولا تشتر منه ، جاز على الصحيح .

فـــرع

لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح ، بخلاف الوكالة .

فـــرع

إذا جرى تعيين صحيح ، لم يكن للعامل مجاوزته كما فى سائر التصرفات المستفادة بالإذن . ثم الإذن فى البز ، يتنـاول ما يلبس من المنسـوج ، من الابريسم ، والقطن ، والكتان ، والصوف ، دون البسط ، والفرش . وفى الأكسية ، وجهان ، لأنها ملبوسة ، لكن لا يسمى بائعها بزازاً .

قلت : أصحهما : المنع . والله أعلم .

الشرط الثالث : أن لا يضيق بالتوقيت ، ولا يعتبر فى القراض بيـان المدة ، بخلاف المساقاة ، لأن مقصودها وهو الثمرة ، ينضبط بالمدة . فلو وقت فقال : قارضتك سنة ، فإن منعه من التصرف بعدها مطلقاً ، أو مـن البيع ، فسد ، لأنه يخل بالمقصـود . وإن قال : على أن لا تشـترى بعد السنة ، ولك البيع ، صح على الأصح ، لأن المالك يتمكن من منعـه مـن

الشراء متى شاء ، بخلاف البيع . ولو اقتصر على قوله : قارضتك سنة ، فسد على الأصح . وعلى الثانى : يجوز ، ويحمل على المنع من الشراء ، استدامة للعقد . ولو قال : قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها ، فسد .

وقال ابن بطال الركبى : القراض مشتق من القرض وهو القطع ، كأنه يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح . وقيل اشتقاقه من المساواة ؛ يقال : تقارض الشاعران إذا ساوى كل منهما صاحبه فى المدح ، وتقارضا الثناء . وقال الصنعانى فى سبل السلام : القراض بكسر القاف وهو معاملة العامل بنصيب من الربح . وهذه تسميته فى لغة أهل الحجاز ، وتسمى مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الأرض لما كان الربح يحصل فى الغالب بالسفر أو من الضرب فى المال وهو التصرف ا هـ .

وقال الرافعى : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لأن العامل يختص بالضرب فى الأرض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التى تكون من واحد ، مثل عاقبت اللص . وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : وهذه المضاربة تسمى قراضا أيضاً ، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الأرض ا هـ .

وقد جمع النووى بين الاسمين فى المنهاج فقال : القراض والمضاربة أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك . قال السبكى : قد يشاح النووى فى قوله : أن يدفع . ويقال : القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع . قال الشربينى فى شرح المنهاج : وأركانه خمسة مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان .

وقال الرشيدى فى حاشيته على شرح شمس الدين الرملى للمنهاج : فى عطف الشارح المقارضة على القرض ، أى أن القراض يجوز أن يكون مشتقا من القرض ومن المقارضة . وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه

الآتى لا يسمى مقارضة بل قراضاً ومضـاربة وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما . لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى .

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة . وقال الصنعانى لا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الإسلام وقال ابن حزم : كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فى السنة لكنه إجماع صحيح ، ويقطع بأنه كان فى عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره .

(قلت) ولسنا نخالف ابن حزم إلا فى أن أمراً مجمعاً عليه من الأمـة منذ نبيها صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحاً بالأخبار ، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعد الشقة ما بلغ غيره ، وإن كانت هذه الأخبار المرفوعة يعتريها بعض الوهن من ناحية الإسناد فإنها مؤيدة بأخرى صحيحة موقوفة على الصحابة ، وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجوداً فى عهده صلى الله عليه وسلم وإنما يدل بمنطوقه على وجوده ، فيكون استقراؤه من الإجماع على وجوده ينقصه ما رويناه عن الصحابة من صحيح الأخبار .

فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة وخلط البر بالشـعير للبيت لا للبيع » أورده ابن حجر فى بلوغ المـرام وضعف إسـناده . وأما الموقوف فما رواه الدارقطنى ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام « أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا وقارضه أن لا تجعل مالى فى كبد رطبة ولا تحمله فى بحر ولا تنزل به فى بطن مسيل ، فإن فعلت شـيئاً من ذلك فقـد ضمنت مالى » وقال مالك فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقـوب عن أبيه عن جده « أنه عمل فى مال لعثمان على أن الربح بينهما » وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده « أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به فى العراق » وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه « أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر خرجا فى جيش إلى العراق فتسلفا من أبى موسى

مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به إلى المدينة ، فباعاه وربحا فيه ، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً قال : قد جعلته ، وأخذ منهما نصف الربح » وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : « إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطا » « وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا » .

قال الماوردى فى الحاوى : والأصل فى إحلال القراض وإباحته قوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » وفى القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدل بحديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » على جوازها . « وقد ضارب النبى صلى الله عليه وسلم لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبداً لها يقال له ميسرة » وروى ابن أبى الجارود : حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن » قال الماوردى : « فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأجازه » .

وقد اختلف أصحابنا فى وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه :

(أحدها) قول الجليس : لو جعلته قراضاً ، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساده لرده ، فلم يكن ما فعله معهما قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً ، ولكن استطاب طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين ، الأمر الذى ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام .

(والثانى) أن عمر أجرى عليهما فى الربح حكم القراض الفاسد لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم فى المال عقد يصح حملهما عليه ، فأخذ منهما جميع الربح ، وعارضهما على العمل بأجرة المثل وقدره بنصف الربح فرده عليهما أجرة ، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى .

(والثالث) أن عمر أجرى عليهما أجراً فى الربح حكم القراض الصحيح ، وإن لم يتقدم منهما عقد ، لأنه كان من الأمور العامة ما يتسع حكمه عن العقود الخاصة ، فلما رأى المال لغيرهما والعمل منهما ولم يرهما متعديين فيه ، جعل ذلك عقد قراض صحيح . وهذا ذكره أبو على بن أبى هريرة . فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معاً دليلا ، ثم الحديث الذى ساقه المصنف من مساقاة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع لا يدل بمنطوقه على هذا وإنما يدل بالمفهوم أو المحمول ، لأن المساقاة عمل فى محل استوجب به شطر ثمر فاقتضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى . وقد ذهب الماوردى إلى أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة .

قوله : النقار وهو مذاب الفضة وقبل الذوب هى تبر ، والسبائك جمع سبيكة القطعة المستطيلة من الذهب .

والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل به من المال ، ويسمى فى الشام قرشا وفى العراق فلسا ، وفى مصر والسودان مليما ، وفى الحجاز ونجد هللة ، وفى اليمن بقشة ، وفى المغرب والجزائر بيزا أو بسيطة ، وفى اليونان دراخما ، وفى اليابان ين وفى إنجلترا وأمريكا بنس ، والفرق بين الفلوس قديماً وحديثاً أوضحناها فى كتابنا (تاريخ النقود الإسلامية) .

فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لأنه عقد معونة وإرفاق ، فإنه عقد اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منهما أن يفسخه ، ومن أجل تيسير رد رأس المال على صاحبه لم يبحه الفقهاء إلا بالدراهم والدنانير .

قال الشافعى : ولا يجوز القراض إلا فى الدراهم والدنانير التى هى أثمان الأشياء وقيمتها وحكى عن طاووس والأوزاعى وابن أبى ليلى جواز القراض بالعروض لأنها كالدراهم والدنانير ، ولأن كل عقد صح بالدراهم الدنانير صح بالعروض كالبيع ، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين أما رد رأس المال فلأن من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها .

وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاختص به رب المال ، وإن نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل ، وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى إليها ، ولأن كل مال يمنـع ما يوجب القراض منع من أن ينعقـد عليـه القراض كالمنافع .

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالمعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح فجاز بكل مال ، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه ، فإنه بالنقـار والسـبائك لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وكذلك بالفضة المغشوشة ، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اعتباراً بحكم الأغلب ، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض فإذا خالطهـا لم يجـز به القراض ، ولأن ما لم تخلص فضته لم تجز مقارضته كالكثير الغش .

فإن قيل : فمن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلا للجهل بما تعاقدا عليه ، وإن علما قدره وجهلا صفته بطل القراض ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر فى بطلان العقد ، فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى ، فإن علما كل نوع منها صح العقد ، وإن جهلاه بطل .

فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأى الألفين شـاء ويستودعه الأخرى لم يجز للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار ؟ كما لو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترليني ومبلغاً من العملة الأخرى ولكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة حرة ، وقيمة محلية وأخرى فى أسواقها الرسمية أو الدولية ، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلا . ولو دفع إليه بكيسين فى كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون إحدى الألفين قراضا والأخرى وديعة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ويكون قراضا صحيحاً لأنه معقود على ألف دينار معلومة لتساوى الألفين .

(والثانى) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة ، ولكن لو دفع إليه ألفا وألفا على أن له من ربح أحد الألفين النصف ومن ربح الآخر الثلث ، فإن عين الألف التى شرط له نصف ربحها من الألف التى شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين ، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين .

وإذا كانت لرجل فى يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز ، ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة لم يجز ، ولو قال له : قد قارضتك على ألف من دينى التى على فلان فاقتضى منه قراضا لم يجز لأنه قراض على ملك غائب ، فإن قبضها وأنجز بها صح القبض لأنه وكل فيه ، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه ، لحدوثها عن ملكه فى قراض فاسد ، ولو كان له على العامل دين فقال له : قد جعلت ألفا من دينى عليك قراضا فى بدل لم يجز ، تعليلا بأنها قراض على مال غائب ، وفيما حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد فى جامعه تخريجا .

(أحدهما) أنه لرب المال وعليه ، كالحادث عن مقارضة من دين على غيره ، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر به .

(والقول الثانى) وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال ، والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح لأنه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثها عن ملكه ، وقبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مشتريا لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثها عن ملكه لأن فى كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال .

فـــرع فأما إذا غصبه ألفا ثم قارضه عليها فهذا على ضربين .

أحدهما : أن يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً ، فيكون على ما ذكرنا والثانى : أن تكون باقية فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يقارض عليهما بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة .

(والثانى) أن يقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها ، ففى القراض وجهان .

(أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

(والثانى) وهو صحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه . وفى براءته بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه :

(الأول) براءته من ضمانها لأنه قد صار مؤتمنا عليها . (الثانى) لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهن . (الثالث) أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه ، وإن تصرف فيها بدفعها فى ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها ، ولم يبرأ إن عاقد بها فى ذمته لأنها فى التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالكها فصار كردها عليه، وفيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه .

فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين :

(الأولى) جهالة ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل .

(الثانية) عقده بالصفة ، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الإذن فيه ، وإن اتجر به كان الربح والخسران لرب المال لحدوثها عن ملكه ، وللعامل أجرة مثله فى عمل القراض دون العرض ، لأنه لم يجعل له فى بيع العرض جعلا ، وإنما جعل له فى عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معتاضاً على القراض . ولو قال خذ من وكيلى ألف

درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة ، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

فأما إذا دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة ، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الأولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة لمالكها وعليه أجر المثل للصياد . أو أن المصيد للصياد وعليه أجر الشبكة ، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصياد والمالك مرابحة قياساً على المزارعة . والفرق بين صيد الصياد ونتاج الماشية أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عاملها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة فى رأى الماوردى وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيداً فى رأى السبكى وعلى صاحبها أجر مثله وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز ، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله وعليه لمالك السفينة أجرة المثل ، وهذه الأصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه ، وهى السمات الظاهرة المشرقة المشرقة فى مجتمع يقوم على الإسلام . وقال الشيخ محيى الدين النووى رضى الله عنه فى الروضة :

الركن الرابع : الصيغة .

القراض والمضاربة والمعاملة ، ألفاظ مستعملة فى هذا العقد . فإذا قال : قارضتك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن الربح بيننا نصفين ، كان إيجاباً صحيحاً . ويشترط القبول متصلا الاتصال المعتبر فى سائر العقود . ولو قال : خذ هذا الألف واتجر فيه ، على أن الربح بيننا نصفين ، فقطع القاضى حسين والبغوى ، بأنه قراض ، ولا يفتقر إلى القبول . وقال الامام : قطع شيخى والطبقة العظمى من نقلة المذهب : أنه لابد من القبول ، بخلاف الجعالة والوكالة ، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين . ولو قال : قارضتك على أن نصف الربح لى ، وسكت عن جانب العامل ، لم يصح على الأصح . وقيل : يصح ويكون بينهما نصفين . ولو قال : على أن نصف الربح لك ، وسكت عن جانب نفسه ، أو على أن لك النصف ولى السدس ، وسكت عن الباقى ، صح على الصحيح ، وكان بينهما نصفين .

الركن الخامس : العاقدان .

فالقراض توكيل وتوكل ، فيعتبر فيهما ما يعتبر فى الوكيل والموكل ، ويجوز لولى الطفل والمجنون أن يقارض بمالهما ، سواء فيه الأب ، والجد ، والوصى ، والحاكم ، وأمينه .

فصل

إذا قارض فى مرض موته ، صح ، ويسلم للعامل الربح المشروط وإن زاد على أجرة المثل ، ولا يحسب من الثلث . ولو ساقاه فى مرض الموت ، وزاد على أجرة مثله ، حسبت الزيادة من الثلث على الأصح ، والفرق : أن النماء فى المساقاة من عين المال .

فصل

يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه . فإذا قارض اثنين ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر ربعه ، فإن أبهم ، لم يجز . وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع ، جاز . قال الامام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال . فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر ، لم يجز . هذا كلام الامام ، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه . وإذا قارض اثنان واحداً ، فليبينا نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقى بينهما على قدر ماليهما . ولو قالا : لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فإن أبهما ، لم يجز . وإن عينا وهو عالم بقدر مال كل واحد ، جاز ، إلا أن يشترطا كون الباقى بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين .

فصل

إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . أحدها : تنفذ تصرفاته كنفوذها فى القراض الصحيح لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة .

الثاني : سلامة الربح بكماله للمالك . الثالث : استحقاق العامل أجرة مثل عمله ، سواء كان في المال ربح ، أم لا ، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد ، لكن لو قال : قارضتك على أن جميع الربح لي ، وقلنا : هو قراض فاسد ، لا إبضاع ، ففي استحقاق العامل أجرة المثل ، وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه عمل مجاناً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم ، فان قارضه على جزء مبهم لم يصح ، لأن الجزء يقع على الدرهم والألف فيعظم الضرر ، وان قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لأن القراض كالمساقاة ، ((وقد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع)) وان قارضه على درهم معلوم لم يصح ، لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل ، وقد لا يربح الا ذلك الدرهم فيستضر رب المال .

وان قال : قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه مجهول ، لأن هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل .

(والثاني) يصح لأنه سوى بينهما في الاضافة فحمل على التساوى ، كما لو قال : هذه الدار لزيد وعمرو . وان قال : قارضتك على أن لي نصف الربح ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما ، فاذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل .

(والثاني) لا يصح وهو الصحيح ، لأن الربح كله لرب المال بالملك ، وانما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل .

وان قال : قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأنه لم يبين ما لرب المال .

(والثاني) يصح ، وهو الصحيح ، لأن ما لرب المال لا يحتاج الى شرط ، لأنه يملكه بملك المال . وانما يحتاج الى شرط ما للعامل ، فاذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال ، فعلى هذا لو قال : قارضتك على أن لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس صح ، ويكون النصف له لأن الجميع له الا ما شرطه للعامل ، وقد شرط له النصف ، فكان الباقي له .

فصـــل وان قال : قارضتك على أن الربح كله لى أو كله لك ، بطـل القراض ، لأن موضوعه على الاشتراك فى الربح ، فاذا شرط الربح لأحدهما ، فقد شرط ما ينافى مقتضاه فبطل . وان دفع اليه ألفا وقال : تصرف فيـــه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال فى ربحه ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض ، وقد قرن به حكم القرض ، فانعقد القرض به كلفظ التمليك لما كان مشتركا بين البيع والهبة اذا قرن به الثمن كان بيعاً . وان قال : تصرف فيه والربح كله لى فهو بضاعة ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضـاعة ، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا فى لفظ التمليك .

(فصـــل) ولا يجوز أن يختص احدهما بدرهم معلوم ثم الباقى بينهما لأنه ربما لم يحصـل ذلك الدرهم فيبطل حقـه ، وربما لم يحصـل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما فى الكيسين ، لأنه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه أو لا يربح الا فيه ، فيبطل حق الآخـــر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما فى عبد يشتريه ، فان شرط انه اذا اشترى عبدا أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه ، لم يصح العقد ، لأنه قد لا يكون فى المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر) .

الشرح حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمـر ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع » ورواه الشيخان بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفونا عملها ولهم نصف الثمرة فقـال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا» وللبخارى «أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها » ولمسلم وأبى داوود والنسائى « دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » ورواه أحمد عن عمر بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا » ورواه البخـارى بمعناه ، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف » ورواه البخارى عن أبى هريرة بلفظ « قالت الأنصار للنبى صلى الله عليه وسلم : اقسم بيننا وبين إخواننا ـ المهاجرين ـ النخل ، قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمـــل ونشرككم فى الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا » .

أما الأحكام فقد قال النووى فى الروضة :

الشرط الثانى : أن يكون مشتركاً بينهما . فلو قال : قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ، فوجهان . أصحهما : أنه قراض فاسد رعاية للفظ . والثانى : أنه قراض صحيح رعاية للمعنى . ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لى ، فهل هو قراض فاسد ، أم إبضاع ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فهو إبضاع ، أم قراض ؟ فيه الوجهان . ولو قال : خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كله لك ، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك والربح كله لك ، لأن اللفظ صريح فى عقد آخر . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وقال القاضى حسين : الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ، لأنه لم يملكه . ولو قال : تصرف فيها والربح كله لى ، فهو إبضاع .

الشرط الثالث : أن يكون معلوماً . فلو قال : قارضتك على أن لك فى الربح شركاً ، أو شركة ، أو نصيباً ، فسد . وإن قال : لك مثل ما شرطه فلان لفلان ، فإن كانا عالمين به ، صح . وإن جهله أحدهما ، فسد ولو قال : الربح بيننا ، ولم يبين ، فوجهان . أحدهما : الفساد . وأصحهما : الصحة ، وينزل على النصف ، كقوله : هذه الدار بينى وبين زيد ، يكون مقراً بالنصف . ولو قال : على أن ثلث الربح لك ، وما بقى فثلثه لى وثلثاه لك ، صح . وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل ، هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو ؛ فإن جهلاه أو أحدهما ، صح أيضاً على الأصح ، وبه قطع فى « الشامل » ، لسهولة معرفته . ويجرى الخلاف ، فيما إذا قال : [لك] من الربح سدس ربع العشر ، وهما لا يعلمان قدره عند العقد أو أحدهما .

الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير. فلو قال : لك من الربح ، أو لى منه درهم أو مائة ، والباقى بيننا نصفين ، فسد القراض . وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً ، وكذا إذا اشترط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال ، لأنه ربما لا يربح إلا فيها ، أو أن يلبس الثوب المشترى ، أو يركب الدابة ، أو اختصاص أحدهما بربح

صنف من المال ، أو قال : ربح أحد الألفين لى ، وربح الآخر لك ، وشرط تمييز الألفين . فلو دفعهما إليه ولا تمييز ، وقال : ربح أحدهما لى ، وربح الآخر لك ، فسد أيضاً على الأصح .وقيل : يصح ويكون كقوله : نصف ربح الألفين لك .

فـــرع

لا يجوز أن يعلق القراض ، فيقول : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، كما لا يعلق البيع ونحوه . ولو قال : قارضتك الآن ولا تتصرف حتى ينقضى الشهر ، فقيل : يجوز كالوكالة . والأصح : لا يجوز كقوله : بعتك ولا تملك إلا بعد شهر .

الركن الثالث : الربح ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين . فلو شرط بعضه لثالث فقال : على أن يكون ثلثه لك ، وثلثه لى ، وثلثه لزوجتى ، أو لابنى ، أو لأجنبى ، لم يصح ، إلا أن يشرط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين . ولو كان المشروط له عبداً لمالك ، أو عبداً لعامل ، كان ذلك مضموماً إلى ما [شُرط] للمالك أو للعامل . ولو قال : نصف الربح لك ونصفه لى ، ومن نصيبى نصفه لزوجتى ، صح القراض ، وهذا وعد هبة لزوجته . ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطى ابنك أو امرأتك نصفه ، قال القاضى أبو حامد : إن ذكره شرطاً ، فسد القراض ، وإلا ، فلا .

أما الأحكام فقد قال الشافعي : ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه وما بقى سهما ويشترط أن يوليه سلعة ، أو على أن يرتفق أحدهما بشيء دون صاحبه ، وهذا صحيح ، فقد ظهر أن عقد القراض موجب لاشتراك رب المال والعامل فى الربح ولا يختص به أحدهما دون الآخر ، لأن المال والعمل متقابلان ، فرأس المال فى مقابلة عمل العامل ، ولذلك وجب أن يشتركا فى الربح ، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما ، وإذا منعنا

من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعا مما يؤدى إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر ، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقى لصاحبه أو بينهما فلا يجوز ، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح ، ومثاله فى البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مداً يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد ، فيصير البائع آخذاً للثمن والثمرة معاً ولو شرطا تفاضلا فى الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره للآخر جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح ، ومثاله فى البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لأن ما بقى منها فهو مبيع وغير مبيع .

قال الماوردى : ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولى ما يرتضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لأنه قد لا يكون فى المشترى ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصا بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح ، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربحاً دون صاحبه ، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه من الثياب مدة بقائها فى القراض فيبطل العقد لأنه قد لا يكون فى أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح لأن المنفعة مقومة كالأعيان فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما فهما مسألتان :

(الأولى) أن يشترطا جميع الربح لرب المال .

(الثانية) أن يشترطا جميع الربح للعامل ، فإذا شرط الأول نظر فيه ، فإن لم يقل رب المال عند دفعه : إنه قراض ولكن قال : خذه فاشتر به وبع ولى جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجرة للعامل فى عمله .

وإن قال اتخذه قراضاً على أن جميع الربح لى ، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال وفى استحقاق العامل أجرة مثله وجهان :

(أحدهما) وهو قول المزنى إنه لا أجرة له ، لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله .

(والثانى) وهو قول ابن سريج إن له أجرة مثله لعمله فى قراض فاسد ، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل .

وأما إن شرطا جميع الربح للعامل فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضا على أن جميع الربح لك ، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم يحصل له .

(والضرب الثانى) أن يقول : خذه على جميع ربحه لك ولا يصرح فى حال الدفع بأنه قراض ، ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) أن يكون سلفاً ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا يكون ضامنا للمال وجميع الربح له .

(والوجه الثانى) أن يكون قراضاً فاسداً ولا يكون قراضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا لا يكون ضامنا للمال ، ويكون جميع الربح لرب المال ، وللعامل أجرة المثل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقل كالبيع والاجارة .

فصل قال الشافعى رحمه الله : ولا تجوز الشريطة الى مدة ، فمن أصحابنا من قال : لا يجوز شرط المدة فيه ، لانه عقد معاوضة يجوز مطلقا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال : ان عقده الى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، فاذا شرط المنع منه ، فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يصح . وان عقده الى مدة على أن لا يشترى بعدها صح ، لان رب المال يملك المنع من الشراء اذا شاء ، فاذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته .

(فصـــل) ولا يصح الا على التجارة فى جنس يعم ، كالثياب ، والطعام والفاكهة فى وقتها ، فان عقده على مالا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة فى سلعة بعينها لم يصح ، لأن المقصود بالقراض الربح ، فاذا علق على مالا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود ، لأنه ربما لم يتفـق ذلك ، ولا يجوز عقده على أن لا يشترى الا من رجل بعينه ، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه ، أو لا يبيع منه ما يربح فيه ، فيبطل المقصود .

(فصـــل) وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطى والايجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك ، لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف ، والعرف فى هـذه الأشـياء أن يتولاها بنفسه ، فان استأجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة فى ماله .

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه ، كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمـه أن يتـولاه بنفسـه ، وله أن يسـتأجر من مال القـراض من يتولاه ، لأن العرف فى هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه ، فان تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به .

وان سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يخاصم ، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيـه الخصومة (والثانى) أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة .

فصـــل ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير اذن رب المال لأن تصرفه بالاذن ولم يأذن له رب المال فى القراض فلم يملكه . فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثانى فى الذمة ، ونقد الثمن من مال القراض ، وربح بنيناً على القولين فى الغاصب اذا اشترى فى الذمة ونقد فيـه المال المغصوب وربح ، فان قلنا بقوله القديم : ان الربح لرب المال فقد قال المزنى ههنا : ان لرب المال الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين .

واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو اسحاق : هذا صحيح لأن رب المـال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثانى بين العـاملين لأنهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما ، والذى رزق الله تعالى هو النصف ، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك ، ومن أصحابنا من قال : يرجع العامل الثانى على العامل الأول بنصف أجرة مثله ، لأنه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ، ولم يسلم له ذلك . وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزنى : الربح كله للعامل الأول ، وللعامل الثانى أجرة المثل . فمن أصحابنا

من قال : هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثانى ، لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب فى غير القراض ، ومنهـــم من قال : الربح للأول ، كما قال المزنى ، لأن العامل الثانى لم يشتر لنفسه ، وانما اشتراه للأول ، فكأن الربح له بخلاف الغاصب فى غير القراض ، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له) .

الشرح قال الشافعي : ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد . فإذا عرفت ما قررناه فى أول الكتاب من أن القراض من العقــود الجــائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقاً بدون شرط مــدة أو تحــديد وقت يكون القراض فيه ، فلو شرطا مدة يكون القرض لازما بطل .

اذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلا لما ذكرنا .

(الثانى) أن يشترطا الفسخ فى العقد بعدها فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة فى البيع والشراء فيكون القراض باطلا إذا فاته موجب العقد فى بيع ما حصل فى القراض من عرض .

(والثانى) أن يشترطا فسخ القراض بعد مضى المدة فى الشراء دون البيع فيكون القراض جائزا ، لأن له فسخ القراض فى الشراء عند مضى المــدة فجاز أن يشترطه قبل مضى المدة .

ولو قال : خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأنه كذلك تكون العقود الجائزة ، ولو قال : خذه ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجز وكان قراضا فاسدا ، لأنه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفا على رأى غيرهما .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما أقام العسكر ، أو إلى قدوم الحاج نظر ، فإن شرط لزومه فى هذه المدة كان باطلا ، وإن شرط فسخه بعدها فى الشراء دون البيع ، ففيه وجهان ، (أحدهما) : يجوز لما لهما من ذلك . (والثانى) : لا يجوز ، لأن لجهالة المدة قسطا من الغرر وتأثيراً فى الفسخ .

فــرع عقد القراض يقتضي تصرف العامل فى المال بالبيع والشراء ، فإذا قارضه على أن يشترى به نخلا يمسك رقابها ويطلب ثمارها لم يجز لأنه قيد تصرفه الكامل بالبيع والشراء ، ولأن القراض مختص بما يكون النماء فيه نتيجة البيع والشراء وهو فى النخل نتيجة عن غير بيع ولا شراء فبطل أن يكون قراضاً ولا يكون مساقاة ، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشي يحبس رقابها ويطلب نتاجها لم يجز لما ذكرنا ، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لأن الشراء عن إذن والبيع بغير إذن ، وكان الحاصل من الثمار والنتاج ملكا لرب المال لأنه نتج عن ملكه ، وللعامل أجرة مثله فى الشرط والخدمة لأنها عمل عاوض عليها ، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال : لو أطلق القراض معه جاز له أن يشترى أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسما فضل زرعها وغرسها وهذا فاسد لما بيناه .

وأما القسم الثاني وهو مؤنة العمل فمنه ما يجب فى مال القراض ومنه ما يلزم العامل ولا يجب فى مال القراض . فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات الجمارك إذا لم يتأخر عن تسلمها من إهمال ، وأجر الصوامع والمخازن ، وما صار معهوداً من الرسوم والضرائب والدمغات التى لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال ثم وضعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهما على شرطهما .

وأما ما يلزم العامل مالياً فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضية فى الجمارك نتيجة الإهمال فى ترك الإسراع لتسلمها وتخليصها ، وما يلزمه عمليا فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليات التسويق والبيع وتنضيد السلع وعرضها وكتابة الأسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك ، أما الاعلان عن السلعة فى الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتكون فى مال القراض أو على ما شرطاه .

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحدهما) ما يختص

العامل بالتزامه كمأكوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثانى) نفقة سفره ، فالذى رواه المزنى فى مختصره أن له النفقة بالمعروف . وقال فى جامعه الكبير : والذى أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة فى كل يوم وعما يشتريه فيكتسبه ، فروى فى مختصره وجامعه وجوب النفقة ، وجعلها فى جامعه معلومة كنفقات الزوجات ، وفى مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب ، فهذا ما رواه المزنى . وروى أبو يعقوب البويطى أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً . فاختلف أصحابنا ، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما) وهو رواية المزنى أنه ليس له النفقة فى سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان .

والقول الثانى : لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو بشىء منه دون رب المال .

وقال أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : لا نفقة له قولا واحداً على ما رواه البويطى ، وحملا رواية المزنى على نفقة المبتاع دون العامل ، وهذا التأويل مدفوع بما بينه المزنى فى جامعه الكبير بقوله : نفقة معلومة فى كل يوم ، وثمن ما يشتريه فيكتسبه .

فــــرع قال الشافعى : وإذا سافر كان له أن يكترى من المال من يكفيه بعض المئونة فى الأعمال التى لا يعملها العامل ، وله النفقة بالمعروف اهـ .

والكلام فى هذه المسئلة التى ذكرها المصنف واستدللنا له عليها بقول الشافعى مشتمل على ثلاثة أقسام :

(الأول) فى جواز سفر العامل بمال القراض .

(الثانى) فى مئونة العمل .

(الثالث) فى نفقة العامل .

فأما الأول فلرب المال معه ثلاثة أحوال :

(الأول) أن ينهاه عن السفر به فلا يجوز أن يسافر إجماعا . فإن أذن له فى السفر إلى بلد لم يجز أن يسافر إلى غيره ، وإن لم يخص به بلداً جاز أن يسافر به إلى البلدان المأمونة المسالك والأمصار التى جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها ولا يخرج عن العرف المعهود فيهـا ، وابعد إلى أقصى البلدان ، فإن أبعد إلى أقصى البلدان ضمن المال .

(الثانى) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهاه ، فقد اختلف النـاس فى جـواز سفره بالمال ، فذهب الشافعى إلى أنه لا يجوز أن يسافر به قريباً ولا بعيداً سواء رد الأمر إلى رأيه أم لا .

وقال أبو حنيفة يجوز له أن يسافر بالمال إذا رأى ، وإن لم يأمره بذلك ما لم ينهه ، وقال أبو يوسف : يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكنه الرجوع من قبل الليل وقال محمد بن الحسن : يجوز له أن يسـافر بالمال إلى حيث لا يلزمه إليه مؤنة . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « إن المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله » يعنى على خطر ، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال ، ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل ، ولأن كل سفر منع منه الوكيـل منع منه العامل ، كالسفر البعيد .

فـــرع قال الشافعى : فإن قارض العامل بالملك آخر من غير إذن صاحبه فهو ضامن فإن ربح به فلصاحب المال شطر الربح ثم يكون للذى عمل شطره مما بقى .

قال المزنى : هذا قوله فى القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز قال المزنى : فإن اشترى بعين المال فهو فاسد ، وإن اشـترى بغير العين جاز والربح للعامل الأول وعليه الضمان ، وللعامل الثانى أجرة مثله فى قياس قوله .

وقال الماوردى : إن العامل فى القراض ممنوع أن يقارض غيره بمـال

القراض ما لم يأذن له رب المال به إذناً صحيحاً صريحاً . وقال أبو حنيفة : إن قال له رب المال عند دفعه له : اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه . وهذا خطأ لأن قوله : اعمل فيه برأيك يقتضى أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه ، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز ، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره ، فكذلك إذا قارض ببعضه ، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له فى العمل بنفسه ولا يأذن له فى مقارضة غيره (والثانى) أن يأذن له فى مقارضة غيره . (والثالث) أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه .

(فأما القسم الأول) فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب . ولمن يكون الربح ؟ على قولين : أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال ، فعلى هذا قال المزنى ههنا إن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الأول والثانى .

فاختلف أصحابنا فى ذلك ، فكان أبو العباس بن سريج يقول :

يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال ، لأنه ربح مال مغصوب فأشبه المغصوب من غير مقارضة ، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثانى على العامل الأول بأجرة مثله لأنه هو المستهلك لعمله والضامن له بقراضه ، فلو تلف المال فى يد العامل الثانى كان رب المال بالخيار فى الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما ، لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده ، فإن أغرم الأول لم يرجع على الثانى بشئ لأنه أمينه فيما غرمه . وإن أغرم الثانى رجع على الأول بما غرمه مع أجرة مثل عمله ، ولا يلزم رب المال — وإن أخذ جميع الربح — أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة .

وذهب أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهور أصحابنا

إلى أن ما رواه المزنى على هذا القول صحيح ، وأن رب المال ليس له من الربح إلا نصفه خلاف المأخوذ غصباً محضاً ، لأن رب المال فى هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه وجاعلا نصفه الباقى لغيره ، فلذلك لم يستحق منه إلا النصف . فأما النصف الثانى فقد روى المزنى أنه يكون بين العاملين ، فاختلف أصحابنا على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن هذا خطأ من المزنى فى نقله ، ويجب أن يكون النصف الباقى من الربح للعامل الأول ولا حق فيه للثانى لفساد عقده ، ويرجع على الأول بأجرة مثل عمله ، فجعل الربح بين رب المال والعامل الأول ، ويجعل للثانى أن يرجع بأجرة مثله على الأول . (والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن نقل المزنى صحيح ويكون النصف الباقى من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما ، لأنه لما جرى على العامل الأول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثانى فهذا حكم قوله الجديد .

(والثانى) وهو قوله فى الجديد : أن ربح المال المغصوب للغاصب ، فعلى هذا لا شىء لرب المال فى الربح وله مطالبة أى العاملين شاء برأس ماله ؛ لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيـده ، وقال أبو حنيفـة : إن الربح للغاصب دون المغصوب لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب ، وربح المال المغصوب ناتج عن التقليب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكا لمن له العمل دون من له المال ، وهذه هى النظرية الحديثة المعاصرة التى تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل .

(وأما الثالث) وهو أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه فهو وكيل فى عقد القراض مع غيره ، فلم يجز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه . ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهد رأيه فيمن يراه أهلا لقراضه من ذوى الأمانة والخبرة ، فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز ، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان ، فإن عدل عن ذلك كان ضامناً . والله أعلم .

فــــرع

ليس للعامل أن يكاتب عبد القراض بغير إذن المالك . فإن كاتباه معاً جاز ، وعتق بالأداء ، ثم إن لم يكن فى المال ربح ، فولاؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح ، بل ينسحب على النجوم ، وإن كان فيه ربح ، فالولاء بينهما على حسب الشرط ، وما يزيد من النجوم على القيمة ، ربح .

الحكم الثانى : منع مقارضة العامل غيره . فلو قارض بإذن المالك وخرج من الدين [1] وصار وكيلا فى مقارضة الثانى ، صح ، ولا يجوز أن يشرط العامل الأول لنفسه شيئاً من الربح . ولو فعل ، فسد القراض الثانى ، ولعامله أجرة المثل على المالك ، لما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع . وإن أذن [له] فى أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكا له فى العمل والربح المشروط له على ما يراه ، فقيل : يجوز كمقارضة شخصين ابتداء ، والأصح : المنع . وإن قارض بغير إذن المالك ، فهو فاسد ، ويجيء فيه قول وقف عقد الفضولى على الاجازة . فإذا قلنا بالمشهور ، فتصرف الثانى فى المال وربح ، فهو كالغاصب إذا اتجر فى المغصوب . فإن تصرف فى عينه ، فتصرف فضولى ، وإن باع سلماً ، أو اشترى فى الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح ، فالربح للغاصب فى الجديد ، وللمالك فى القديم . وفى هذا القديم ، أبحاث .

أحدها : هل الربح للمالك جزماً ، أم موقوف على إجازته ؟ قيل : بالوقف كبيع الفضولى على القديم . فعلى هذا ، إن رده ، ارتد ، سواء اشترى فى الذمة ،أم بعين المغصوب ، وقال الأكثرون بالجزم ، وبنوه على المصلحة ، وكيف يصح وقف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره ، وإنما قول الوقف إذا تصرف فى عين مال الغير أو له ؟

الثانى : أن هذا القول جارٍ فيما إذا كان فى المال ربح وكثرت التصرفات

---

(1) فى نسخة الظاهرية : من البين .

وعسر تتبعها ، فإن سهل وقلت ولا ربح ، فلا مجال له . فإن سهل وهناك ربح ، أو عسر ولا ربح ، فوجهان ، وسواء فى الربح القليل والكثير .

الثالث : لو اشترى فى ذمته ولم يخطر له أن يؤدى الثمن من الدراهم المغصوبة ، ثم خطر له ، قال الامام : ينبغى أن لا يجرى القديم إن صدقه المالك . وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة ، وقد ذكرناها مختصرة فى أول البيع وفى الغصب . وإذا قلنا بالجديد ، فاشترى بعين مال القراض ، فباطل ، وإن اشترى فى الذمة ، فهل جميع الربح للعامل الثانى لأنه المتصرف كالغاصب ؟ أم للأول لأن الثانى تصرف باذنه كالوكيل ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، وعليه للثانى أجرة عمله . وإذا قلنا : بالقديم ، ففيما يستحقه المالك من الربح ؟ وجهان . أحدهما : جميعه كالغصب . فعلى هذا ، للعامل الثانى أجرة عمله . قيل : يأخذها من العامل الأول ، لأنه استعمله ، وقيل : من المالك ، لأن نفع عمله عاد إليه . و [الوجه] الثانى وهو الصحيح : له نصف الربح ، لأنه رضى به ، بخلاف صورة الغصب . فعلى هذا ، فى النصف الثانى أوجه . قيل : كله للعامل الأول ، وللثانى عليه أجرة عمله ، لأنه غره . وقيل : للثانى . وقيل : بينهما بالسوية ، وهو الأصح . وعلى هذا ، فى رجوع الثانى بنصف أجرة المثل ، وجهان . أصحهما : لا ، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما ، والوجهان فيما إذا كان الأول قال : على أن ربح هذا المال بيننا ، أو على أن لكل نصفه . فإن كان قال : ما رزقنا الله تعالى [من الربح] فهو بيننا ، فلا رجوع على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، لأن النصف ، هو الذى رزقاه وعن الشيخ أبى محمد ، طرد الوجهين ، لأن المفهوم ، بشطر جميع الربح . وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على المناصفة ، فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى ، فعلى ما تشارطا . هذا كله إذا تصرف الثانى وربح . أما لو هلك المال فى يده ، فإن كان عالماً بالحال ، فغاصب . وإن ظن العامل مالكاً ، فهو كالمستودع من الغاصب ، لأن يده أمانة . وقيل : كالمتهب من الغاصب ، لعود النفع إليه ، وقد سبق بيانهما ضماناً وقراراً .

الحكم الثالث : منعه السفر بمال القراض ، فليس له السفر به بغير إذن المالك ، وفى قول : له ذلك عند أمن الطريق ، نقله البويطى . فعلى المشهور :

لو سافر ، ضمن المال ، ثم إن كان المتاع بالبلدة التى سافر إليها أكثر قيمة ، أو تساوت القيمتان ، صح البيع ، واستحق الربح بسبب الإذن . وإن كان أقل قيمة ، لم يصح البيع ، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به . وإذا صححنا البيع ، فالثمن الذى يقبضه مضمون عليه ، بخلاف الوكيل فى البيع إذا تعدى ثم باع ، لا يضمن الثمن الذى يقبضه ، لأنه لم يتعد فيه ، وهنا العدوان بالسفر ، وهو شامل ، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر . أما إذا سافر بالإذن ، فلا عدوان ولا ضمان . قال المتولى : ويبيع بما كان يبيعه فى البلد الذى سافر منه ، فإن لم يساو إلا ما دونه ، فإن ظهر [فيه] غرض ، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص ، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً ، فله البيع ، وإلا ، فلا يجوز ، لأنه تخسير محض .

قلت : وإذا سافر بالإذن ، لم يجز سفره فى البحر إلا بنص عليه . والله أعلم

أجرة الكيال والوزان والحمال ، فى مال القراض ، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالاذن ، وكذا أجرة الحارس والرصدى .

فــــرع

لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشىء أصلا ، ولا أن ينفق منه على نفسه فى الحضر قطعاً . وفى السفر ، قولان . أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر . والثانى : له . وقيل : بالمنع قطعاً . وقيل : بالاثبات قطعاً . فإن أثبتنا ، فالأصح أنه يختص بما يزيد بسبب السفر ، كالخف والاداوة وشبههما . وقيل : يطرد فى كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها .

قلت :وإذا قلنا بالاختصاص ، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة النفقة ، واللباس ، والكراء ، ونحوها . والله أعلم .

ويتفرع على الاثبات مسائل .

منها : لو استصحب مال نفسه مع مال القراض ، وزعت النفقة على قدر المالين . قال الامام : ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ، ويوزع على أجرة مثلهما . وقال أبو الفرج السرخسى ما يوزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له .

قلت : وقد قال بمثل قول السرخسى أبو على فى « الافصاح » ، وصاحب « البيان » . والله أعلم .

ومنها : لو رجع العامل ومعه فضل زاد أو آلات أعدها للسفر ، كالمطهرة ونحوها ، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح .

ومنها : لو استرد المالك المال منه فى الطريق أو فى البلد الذى سافر إليه ، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح ، كما لو خالع زوجته فى السفر .

ومنها : أنه يشترط أن لا يسرف ، بل يأخذ بالمعروف ، وما يأخذه يحسب من الربح ، فإن لم يكن ربح ، فهو خسران لحق المال . ومهما أقام فى طريقه فوق مدة المسافرين فى بلد ، لم يأخذ لتلك المدة .

ومنها : لو شرط نفقة السفر فى ابتداء القراض ، فهو تأكيد إذا أثبتناها ، وإلا ، فسد القراض على الأصح ، كما لو شرط نفقة الحضر . والثانى : لا ، لأنه من مصالح العقد . وعلى هذا ، فى اشتراط تقديرها ، وجهان . وعن رواية المزنى فى « الجامع » أنه لابد من شرط النفقة فى العقد مقدرة ، لكن لم يثبتها الأصحاب .

فصل

هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة ، أم لا يملك إلا بالقسمة ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الثانى . فإن قلنا : بالظهور ، فليس ملكاً مستقراً ، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال . فلو اتفق خسران ، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن .

ولذلك نقول : إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض ، لا يجبر الآخر . فإذا ارتفع القراض والمال ناض واقتسماه ، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر . وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضاً ، فأخذه المالك واقتسما الباقي . وفى حصول الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة، وجهان . أصحهما : نعم ، للوثوق بحصول رأس المال ، والثانى : لا ، لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل . وإن كان المال عرضاً ، بنى على خلاف يأتى إن شاء الله تعالى ، فى أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض ؟ إن قلنا : نعم ، فالمذهب أنه لا استقرار ، إذ لم يتم العمل ، وإلا ، فوجهان ، كما لو كان ناضاً . ولو اقتسما الربح بالتراضى قبل فسخ العقد ، لم يحصل الاستقرار ، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ . وإذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه ، لأنه وإن لم يملكه ، فقد ثبت له حق التملك ، ويقدم على الغرماء ، لتعلق حقه بالعين ، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح ، ويسعى فى التنضيض ليأخذ منه حقه . ولو أتلف المالك المال ، غرم حصة العامل ، وكان الاتلاف كالاسترداد .

فصل
فيما يقع فى مال القراض من زيادة أو نقص

أما الزيادة ، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ، ونتاج الدابة ، وكسب الرقيق ، وولد الجارية ، ومهرها إذا وطئت بشبهة ، وبدل منافع الدواب والأرض ، سواء وجب باستعمالها عدواناً أو باجارة صدرت من العامل ، فإن له الاجارة . فإذا رأى فيها المصلحة ، أطلق الامام الغزالى : أن هذه كلها مال قراض ، لأنها من فوائده ، وقال المتولى : إن كان فى المال ربح ، وملكنا العامل حصته بالظهور ، فالجواب كذلك . فإن لم يكن ربح ، أو لم نملكه ، فمن الأصحاب من قال : مال قراض . وقال جمهورهم : يفوز بها المالك ، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فإن جعلناها مال قراض ، فالأصح أنها من الربح . وقيل : هى شائبة فى الربح

ورأس المال . ولو وطئها المالك ، قال الغزالي وغيره : يكون مسترداً مقدار المهر ، فيستقر نصيب العامل منـه ، وقال البغـوى : إن كان فى المال ربح وملكناه بالظهور ، وجب نصيب العـامل من الربح ، وإلا ، فلا شىء له . واستيلاد المالك جارية القراض ، كاعتاقها . وإذا أوجبنا المهر بوطئه الخالى عن الإحبال ، فالأصح الجمع بينه وبين القيمـة . وأما النقص ، فما حصـل برخص ، فهو خسران مجبور بالربح . وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين . وأما النقص العينى ، وهو تلف البعض ، فإن حصل بعد التصرف فى المـال بيعاً وشراء ، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات السـماوية ، خسران يجبر بالربح . وفى التلف بالسرقة والغصب ، وجهان . والفرق أن فى الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض ، وطرد جماعة الوجهين فى الآفة السماوية ، والأصح فى الجميع ، الجبر . أما إذا نقص قبل التصرف بيعاً وشراء ، بأن دفع إليـه ألفين قراضـاً ، فتلف أحدهما قبـل التصرف ، فوجهان . أحدهما : أنه خسران ، فيجبر بالربح الحاصل بعد ، ويكون رأس المال ألفين . وأصحهما : يتلف من رأس المال ، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عبدين ، فتلف أحدهما ، تلف من الربح على المذهب . وقيل : من رأس المال ، لأنه لم يتصرف بعد بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ، فيرتفـع القراض ، وكذا لو أتلفه المالك كما سبق . فلو أتلف أجنبى جميعه أو بعضه ، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض . وما ذكرناه من الخـلاف فى الجبر من الربح فى صورة السرقة والغصب ، هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف . ولو أتلف العامل المال ، قال الامام : يرتفع القراض ، لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل فى ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين فى أن مال القراض إذا غصب أو أتلف ، فمن الخصم فيه ؟ أصحهما : أنه المالك فقط إن لم يكن فى المال ربح . وهما جميعاً إن كان ربح . والثانى : أن للعامل المخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور فى إتلاف الأجنبى مفرعاً على أن العـامل خصم ، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، [و] لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف .

فــــرع

لو قتل رجل عبد القراض ، وفى المال ربح ، لم ينفرد أحدهما بالقصاص ، بل الحق لهما ، فإن تراضيا على العفو على مال ، أو على القصاص ، جاز . وإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ووجبت القيمة ، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا : يملك العامل الربح بالظهور ، وغير ظاهر على القول الآخر . وإن لم يكن فى المال ربح ، فللمالك القصاص والعفو على غــير مال . وكذا لو كانت الجناية موجبة [للمال] ، فله العفو عنه ويرتفع القراض . فإن أخــذ المال ، أو صالح عن القصاص على مال ، بقى القراض فيه .

فــــرع

مال القراض ألف ، اشترى بعينه ثوباً ، فتلف الألف قبل التسليم ، بطل الشراء وارتفع القراض . وإن اشترى فى الذمة ، قال فى « البويطى » : يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعض الأصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ، فإن القراض ، والحالة هذه ، غير باق عنــد الشراء ، فينصرف الشراء إلى العامل . أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشترى للمالك . فإذا تلف الألف المعد للثمن ، لزمه ألف آخر . وقال ابن سريج : يقع الشراء عن العامل ، سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده ، وعليه الثمن ويرتفــع القراض ، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف فى ذلك الألف ، فإن قلنا بالأول ، فرأس المال ألف ، أم ألفان ؟ وجهان . فإن قلنا : ألف ، فهو الألف الأول ، أم الثانى ؟ وجهان ، فائدتهما عند اختلاف الألفين فى صفة الصحة وغيرها .

فــــرع
فى فسخ القراض والاختلاف فيه

قال الشيخ محيى الدين : فيه طرفان .

الأول : فى فسخه . والقراض جائز ، فإنه فى أوله وكالة ، وبعــد ذلك شركة . إذا حصل ربح ، فلكل منهما فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور

صاحبه ورضاه . وإذا مات أحدهما ، أو جن ، أو أغمى عليه ، انفسخ . فإذا فسخا جميعاً أو أحدهما ، لم يكن للعامل أن يشترى بعده ، ثم ينظر إن كان المال ديناً ، لزم العامل التقاضى والاستيفاء ، سواء كان ربح ، أم لا . فإن لم يكن ديناً ، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال ولا ربح ، أخذه المالك . وإن كان [1] ربح ، اقتسماه بحسب الشرط ، فإن كان الحاصل مكسرة ، ورأس المال صحاح ، نظر ، فإن وجد من يبدلها بالصحاح وزناً بوزن ، أبدلها ، وإلا ، باعها بغير جنسها من النقد ثم اشترى به الصحاح ، ويجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشترى به الصحاح على الأصح . وإن كان نقداً من غير جنس المال ، أو عرضاً ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن أباه المالك ، [وليس] للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع ، لأن حق المالك معجل . ولو قال المالك : تركت حقى لك فلا تكلفنى البيع ، لم يلزمه الاجابة على الأصح ، لأن فى التنضيض مشقة ومؤنة ، فلا يسقط عن العامل . ولو قال المالك : لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضاً ، ففى تمكن العامل من البيع ، وجهان . وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع ، لأنه إذا جاز للمعير أن يتملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر ، فالمالك هنا أولى . وحيث لزم البيع ، قال الامام : الذى قطع به المحققون ، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه ، قدر رأس المال . أما الزائد ، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان ، فلا يكلف واحد منهما بيعه . ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه ، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال. فإن كان من غير جنسه ، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد ، حصل به رأس المال .

الحال الثانى : إذا لم يكن فى المال ربح ، فهل للمالك تكليفه البيع ؟ وجهان أصحهما : نعم ، ليرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة . وهل للعامل البيع إذا رضى المالك بامساكه ؟ وجهان حكاهما الامام . أحدهما :

---

(1) « كان » هنا تامة ، أى : وان وجد ربح .

لا ، إذ لا فائدة ، والصحيح وبه قطع الجمهور : له البيع إذا توقع ربحاً ، بأن ظفر بسوق أو راغب . وإذا قلنا : ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض ، أو اتفقا على أخذ المالك العرض ، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق ، فهل للعامل فيه نصيب ، لحصوله بكسبه ؟ أم لا ، لظهوره بعد الفسخ ؟ وجهان . أصحهما : الثانى .

فـــرع

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته ، يرتفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا ، أو باسترجاع المال منه . فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض ، فهل ينعزل كما لو باع الموكل ما وكل فى بيعه ؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له ؟ وجهان . أصحهما : الثانى . ولو حبس العامل ومنعه التصرف، أو قال : لا قراض بيننا ، ففى انعزاله وجهان .

قلت : ينبغى أن يكون [الأصح] فى صورة الحبس ، عدم الانعزال ، وفى قوله : لاقراض بيننا ، الانعزال . والله أعلم .

فـــرع

إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه ، أخذه الوارث . فإن كان ربح ، اقتسماه . وإن كان عرضاً ، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ فى حياتهما ، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاء بإذن المورث ، بخلاف ما لو مات العامل ، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك ، لأنه لم يرض بتصرفه . وفى وجه : لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك . والصحيح : الجواز . ويجرى الخلاف فى استيفائه الديون بغير إذن الوارث . ولو أراد الاستمرار على العقد ، فإن كان المال ناضاً ، فلهما ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه ، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع ، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه فى اليد ،ويكون للعامل ربح نصيبه ، ويتضاربان فى ربح نصيب

الآخر . وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير ، بأن يقول الوارث ، أو القائم بأمره : تركتك أو قررتك على ما كنت عليه ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفهم المعنى ، وليكن الوجهان تفريعاً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية . فأما إذا قلنا : ينعقد [به] ، فينبغي القطع بالانعقاد هنا ، وإن كان المال عرضاً ، ففي جواز تقريره على القراض وجهان . أصحهما : المنع ، لأن القراض الأول انقطع بالموت ، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض . والأشبه ، أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء . وحكى الامام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين ، وطريقة قاطعة بالمنع ، وهي الأشهر . فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض ، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه ، فذاك ، وإلا ، تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً ، فإن كان ناضاً ، فلهما ذلك بعقد مستأنف . وفي لفظ التقرير ، الوجهان السابقان ، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته ، فقال البائع : قررتك على موجب البيع الأول ، وقبل صاحبه ، وفي النكاح ، لا يصح مثله .

فرع

كان رأس مال الميت مائة ، والربح مائتين ، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة ، فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة ، والمائة الباقية للعامل ، فعند المقاسمة ، يأخذها وقسطها من الربح ، ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ، ويقتسمان ما بقي .

قلت : إذا جنا أو أغمي عليهما أو أحدهما ، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً ، قال في « البيان » : الذي يقتضيه المذهب ، أنه كما لو انفسخ بالموت ، وهو كما قال . والله أعلم .

فرع

إذا استرد المالك طائفة من المال ، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران ، رجع رأس المال إلى القدر الباقي . وإن ظهر ربح ، فالمسترد شائع ربحاً

وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملتى الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده . وإن كان الاسترداد بعد ظهـور الخسران ، كان موزعاً على المسترد والباقى ، فلا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران ، ويصير المـال هو الباقى بعد المسترد وحصته من الخسران .

مثال الاسترداد بعـد الربح : كان رأس المال مائة ، وربح عشرين ، واسترد عشرين ، فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه ربحاً ، وهو ثلاثة دراهم وثلث ، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة ، وهو درهم وثلثا درهم . فلو عاد ما فى يده إلى ثمانين ، لم يسقط نصيب العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلثى درهم .

ومثال الاسترداد بعد الخسران : كان رأس المال مائة ، وخسر عشرين ، واسترد عشرين ، فالخسران موزع على المسترد والباقى ، فتكون حصـة المسترد خمسة لا يلزم جبرها ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، فما زاد بعد ذلك عليها قسم [بينهما] .

إحداها : ادعى العامل تلف المال ، صدق بيمينه ، فلو ذكر سبب التلف ، فسيأتى بيانه فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

الثانية : لو ادعى الرد ، صدق بيمينه على الأصح .

الثالثة : قال : ما ربحت ، أو ما ربحت إلا ألفاً ، فقال المالك : ألفين ، صدق العامل بيمينه . فلو قال : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت فى الحساب ، إنما الربح كذا ، أو تبينت أن لا ربح ، أو [قال] : كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع المال من يدى، لم يقبل قوله . ولو قال : خسرت بعد الربح الذى أخبرت عنه ، قبل منـه . قال المتولى : وذلك عند الاحتمـال ، بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل ، لم يقبل . ولو ادعى الخسـارة عند الاحتمال ، أو التلف بعد قوله : كنت كاذباً فيما قلت ، قبل أيضاً ، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق ، هكذا نص عليه ، وقاله الأصحاب .

الرابعة : قال : اشتريت هذا للقراض ، فقال المالك : بل لنفسك ، فالقول قول العامل على المشهور ، وفى قول : قول المالك ، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض . ولو قال : اشتريته لنفسى ، فقال : بل للقراض ، صدق العامل بيمينه قطعاً . فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض ، ففى الحكم بها وجهان . وجه المنع : أنه قد يشترى لنفسه بمال القراض عدواناً ، فيبطل العقد .

الخامس : قال المالك : كنت نهيتك عن شراء هذا ، فقال : لم تنهنى ، صدق العامل .

السادسة : قال : شرطت لى نصف الربح ، فقال : بل ثلثه ، تحالفا كالمتبايعين ، فإذا حلفا ، فسخ العقد ، واختص الربح والخسران بالمالك ، وللعامل أجرة مثل عمله . وفى وجه : أنها إن كانت أكثر من نصف الربح ، فليس له إلا قدر النصف ، لأنه لا يدعى أكثر .

قلت : وإذا تحالفا ، فهل ينفسخ بنفس التحالف ، أم بالفسخ ؟ حكمه حكم البيع كما مضى ، قاله فى « البيان » .

والله أعلم

السابعة : اختلفا فى قدر رأس المال ، فالقول قول العامل إن لم يكن المال ربح ، وكذا إن كان على الأصح . وقيل : يتحالفان . ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له ، والباقى بينهما سواء ، فربحا ، ثم قال المالك : دفعت إليكما ألفين ، وصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل ألفاً ، لزم المقر ما أقر به ، وحلف الآخر وقضى له بموجب قوله . ولو كان الحاصل ألفين ، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به ، والباقى يأخذه المالك . ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف ، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان ، له منهما خمسمائة ، فتسلم له ، ويأخذ المالك من الباقى ألفين عن رأس المال ، يبقى خمسمائة يتقاسماها ــ المالك والمقر ــ أثلاثاً ، لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك مثلا ما يأخذه كل عامل ، وما أخذ المنكر ، كالتالف . ولو قال المالك : رأس المال دنانير ، فقال العامل : بل دراهم ، صدق العامل .

الثامنة : اختلفا فى أصل القراض ، فقال المالك : دفعت إليك لتشترى لى بالوكالة ، وقال القابض : بل قارضتنى ، فالمصدق المالك . فإذا حلف أخذ المال وربحه ، ولا شيء عليه للآخر .

قلت : لو دفع إليه ألفاً ، فتلف فى يده ، فقال : دفعته قرضاً ، فقال العامل : بل قراضاً ، قال فى « العدة » و « البيان » : بينة العامل أولى فى أحد الوجهين . والله أعلم .

فى أحكام القراض الصحيح

هى ثلاثة أبواب .

الأول : تقيد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل ، ثم قد تقتضى المصلحة التسوية بينهما ، وقد تقتضى الفرق ، فبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل ، ولا يبيع أيضاً نسيئة ، ولا يشترى بها . فإن أذن المالك فى البيع نسيئة ، ففعل ، وجب الاشهاد ، فإن تركه ، ضمن ، ولا حاجة إليه فى البيع حالا لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ، ولو سلمه قبل استيفائه ، ضمن ، كالوكيل . فإن كان مأذونا له فى التسليم قبل قبض الثمن ، سلمه ، ولم يلزمه الاشهاد ، لأن العادة ترك الاشهاد فى البيع الحال ، ويجوز للعامل البيع بالعرض ، بخلاف الوكيل ، لأنه من مصالح القراض ، وكذا له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً ، فإن اشتراه بقدر قيمته ، قال المتولى : فى صحته وجهان ، لأن الرغبات تقل فى المعيب .

قلت : الأصح : الجواز إذا رأى المصلحة . والله أعلم

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة ، فبان معيباً ، فله أن ينفرد برده إن كانت فيه غبطة ، ولا يمنعه [منه] رضى المالك ، بخلاف الوكيل ، لأن العامل صاحب حق فى المال . وإن كانت الغبطة فى إمساكه ، لم يكن له رده على الأصح ، لإخلاله بالمقصود . وحيث ثبت الرد للعامل ، فللمالك أولى . قال الامام : ثم العامل يرد على البائع وينقض البيع . وأما المالك ، فإن كان

الشراء بعين مال القراض ، فكمثل ، وإن كان فى الذمة ، فيصرفه المالك عن مال القراض . وفى انصرافه إلى العامل ما سبق فى انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل . ولو تنازع المالك والعامل فى الرد وتركه ، عمل بالمصلحة .

فــرع

على العامل أن يتولى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيها وذرعها وإدراجها فى السقط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت ، وفى السفر بالنوم عليه ونحوه ، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه ثم ما عليه أن يتولاه لو استأجر عليه ، فالأجرة فى ماله ، وما ليس عليه أن يتولاه ، له أن يستأجر عليه من مال القراض . ولو تولاه بنفسه ، فلا أجرة له .

فــرع

لا يجوز للمالك معاملة العامل ، بأن يشترى من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له .

فــرع

لا يجوز أن يشترى للقراض بأكثر من رأس المال . فلو فعل ، لم يقع ما زاد عن جهة القراض . فلو دفع إليه مائة قراضاً ، فاشترى عبداً بمائة ، ثم آخر بمائة للقراض أيضاً ، لم يقع الثانى للقراض ، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المائة فالشراء باطل ، سواء اشترى الأول بعين المائة أو فى الذمة وإن اشتراه فى الذمة ، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه . وإذا انصرف إليه ، فصرف مائة القراض فى ثمنه ، فقد تعدى ، ودخلت المائة فى ضمانه ، لكن العبد الأول يبقى أمانة فى يده ، لأنه لم يتعد فيه . فإن تلفت المائة والشراء الأول بعينها ، انفسخ ، وإن كان فى الذمة ، لم ينفسخ ،

وثبت للمالك على العامل مائة ، والعبد الأول للمالك ، وعليه لبائعه مائة ، فإن أداها العامل بإذن المالك ، وشرط الرجوع ، ثبت له مائة على المالك ، ووقع الكلام في التقاص . وإن أداها بغير إذنه ، برىء المالك عن حق صاحب العبد ، ويبقى حقه على العامل .

فــــرع

لو وكل بشراء عبد ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل ، صح ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن اللفظ شـامل ، بخـلاف القراض ، فإن مقصوده الربح فقط ، ونقل الامام وجهاً : أنه لا يقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يتجر العامل الا فيما اذن فيه رب المال فان اذن له في صنف لم يتجر في غيره ، لأن تصرفه بالاذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه ، فان قال له : اتجر في البز جاز ان يتجر في اصناف البز من المنسوج من القطن والابريسم والكتان وما يلبس من الأصواف لأن اسم البز يقع على ذلك كله ، ولا يجوز ان يتجر في البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز ، وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه يلبس فاشبه الثياب (والثاني) لا يجوز لأنه لا يطلق عليه اسم البز . ولهذا لا يقال لبائعه بزاز ، وانما يقال له : كسائي ، ولو اذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير ، لأن الطعـام لا يطلق الا على الحنطة .

فصـــل ولا يشترى العامل باكثر من رأس المال ؛ لأن الاذن لم يتناول غير رأس المال . فان كان راس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى آخر بالف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالاذن واما الثـاني فينظر فيه فان اشتراه بعين الألف فالشراء باطل ، لأنه اشـــتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح ، وان اشتراه بالف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء .

(فصـــل) ولا يتجر الا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف الا على النظر والاحتياط ؛ وان اشترى معيباً راى شراءه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح فى المعيب ، وان اشترى شيئاً على انه سليم فوجده معيباً جاز له الرد ، لأنه فوض اليه النظر والاجتهاد فملك الرد .

فصـــل وان اختلفا فدعا احدهما الى الرد والآخر الى الامساك فعل ما فيه النظر لأن المقصود طلب الحظ لهما ؛ فاذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ .

فصـــل وان اشترى من يعتق على رب المال بغير اذنه لم يلزم رب المال لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد فى شراء من يعتق عليه وان كان رب المال امراة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمها لأن المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضر به لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها .

(والثانى) يلزمها لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره فى الربح فلزمها شراؤه .

فصـــل ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لأنه مامور بالنظر والاحتياط وليس فى السفر احتياط ، لأن فيه تغريراً بالمال ، ولهذا يروى « أن المسافر ومتاعه لعلى قلت » فان أذن له فى السفر فقد قال فى موضع له أن ينفق من مال القراض ، وقال فى موضع آخر لا نفقة له ، فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحداً لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الاقامة ؛ وتاول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال : فيه قولان :

(احدهما) لا ينفق لما ذكرناه .

(والثانى) ينفق لأن سفره لأجل المال فكان نفقته منه كاجرة الحمال .

فان قلنا : ينفق من مال القراض ففى قدره وجهان :

(احدهما) جميع ما يحتاج اليه ، لأن من لزمه نفقة غـيره لزمه جميـع نفقته .

(والثانى) ما يزيد على نفقة الحضر لان النفقة انما لزمته لأجل السـفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر .

(فصـــل) وان ظهر فى المال ربح ففيه قولان :

(أحدهما) أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح الا بالقسمة لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً لرب المال حتى اذا هلك شيء كان هالكا من المالين ، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئاً .

(والثانى) ان العامل يملك حصته من الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال .

(فصل) وان طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنه ان امتنع رب المال لم يجز اجباره لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لى رأس المال ، وان كان الذى امتنع هو العامل لم يجز اجباره لأنه يقول : لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه ، وان تقاسما جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا ، فان حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ ، لأنه لا يستحق الربح الا بعد تسليمه راس المال .

فصل وان اشترى العامل من يعتق عليه فان لم يكن فى المال ربح لزم الشراء فى مال القراض ، لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، فان ظهر بعد ما اشتراه ربح ـ فان قلنا : انه لا يملك حصته قبل القسمة ـ لم يعتق ، وان قلنا : انه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) انه يعتق منه بقدر حصته لأنه ملكه فعتق .

(والثانى) لا يعتق لأن ملكه غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله ، وان اشترى وفى المال ربح ، فان قلنا انه لا يعتق عليه صح الشراء لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، وان قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه) .

الشرح اشترى العامل من يعتق على المالك ، فإما أن يشتريه بإذنه ، وإما بغيره .

الحال الأول : بإذنه ، فيصح . ثم إن لم يكن فى المال ربح ، عتق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض ، وإلا ، فيصير الباقى رأس مال . وإن كان فى المال ربح ، بنى على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، عتق أيضاً ،وغرم المالك نصيبه من الربح ، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح ، وإن قلنا : يملك بالظهور ،

عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ، وسرى إلى الباقى إن كان موسراً ويغرمه ، وإن كان معسراً ، بقى رقيقاً . وفى وجه : إذا كان فى المال ربح وقد اشتراه ببعض المال ، نظر ، إن اشتراه بقدر رأس المال ، عتق وكأن المالك استرد المال ، والباقى ربح يتقاسمانه ، وإن اشتراه بأقل ، حسب من رأس المال ، أو بأكثر ، حسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن . والصحيح الأول . ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض ، فهو كشراء العامل من يعتق عليه بإذنه .

الحال الثانى : يشتريه بغير إذنه ، فلا يقع [الشراء] عن المالك بحال ، إذ لا مصلحة فيه للقراض ، ثم إن اشتراه بعين مال القراض ، بطل من أصله . وإن كان فى الذمة ، وقع عن العامل ، ولزمه الثمن من ماله . فإن أداه من مال القراض ، ضمن .

فــــرع

قال فى « المختصر » لو دفع إليه ألفاً وقال : اشتر بها هــروياً أو مروياً بالنصف ، فهو فاسد . واختلفوا فى سبب فساده ، فالأصح،وفى سياق الكلام ما يقتضيه : أنه تعرض للشراء دون البيع ، وهذا تفــريع على الأصــح ، أن التعرض للشراء لا يغنى عن التعرض للبيع ، بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء ، أو [من] لفظ البيع والشراء جميعاً . وإذا اقتصر على الشراء ، فللمدفوع إليه الشراء دون البيع ، ، والربح كله للمالك ، والخسران عليه . وقيل : يكفى التعرض للشراء ، ويتضمن الاذن فى البيع بعده ، وقيل : إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله : اشتر ، من غير تعرض للبيع . والصحيح : الصحة . وقيل : سـببه أنه لم يبين لمن النصف . واعترض ابن سريج على هذا ، بأن الشرط ينصرف إلى العامل ، لأن المالك يستحق بالمال ، لا بالشرط . وقال ابن أبى هريرة : سبب الفساد ، أنه لم يعين أحد النوعين ، ولا أطلق التصرف فى أنواع الأمتعة . واعترض القاضى حسين عليه ، بأنه لو عين أحدهما ، حكمنا بالصحة ، فإذا ذكرهما على الترديد ، زاد العــامل بسطة وتخييراً ، فهو أولى بالصحة .

قلت : هـذا الاعتراض ليس بمقبول ، لأن حاصله أنه حمل لفظة « أو » على التخيير ، وابن أبى هريرة ينكر ذلك ويقول : إنما أذن له فى أحدهما وشك فى المراد . والله أعلم

وقيل : سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف فى الأمتعة ، أو عين جنساً يعم وجوده ، والهروى والمروى ليسا كذلك ، وكأن هذا القائل يقرضه فى بلد لا يعمان فيه . وقال الامام : يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذكر النصف ولم يقل : نصف الربح .

فـــرع

اشترى العامل من يعتق عليه ، فإن لم يكن فى المال ربح ، صح ولم يعتق كالوكيل يشترى أباه لموكله ، ثم إن ارتفعت الأسعار وظهر ربح ، بنى على القولين فى أن العامل متى يملك الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، لم يعتق منه شىء . وإن قلنا : بالظهور ، عتق عليه بقدر حصته على الأصح . وقيل : لا يعتق ، لعدم استقرار ملكه . فإن قلنا : بالأصح ، ففى السراية وتقويم الباقى عليه إن كان موسراً ، وجهان . أصحهما وبه قال الأكثرون : تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا : يملك بالظهور . وإن كان فى المال ربح ، سواء كان حاصلا قبل الشراء ، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مائة ، فاشترى بها أباه وهو يساوى مائتين ، فإن قلنا : يملك الربح بالقسمة ، صح الشراء ولم يعتق ، وإلا ، ففى صحة الشراء فى قدر حصته من الربح ، وجهان . أصحهما : الصحة : لأنه مطلق التصرف فى ملكه . والثانى : لا ، لأنه يخالف غرض الاسترباح . فإن منعنا ، ففى الصحة فى نصيب المالك قولا الصفقة ، وإن صححنا ، ففى عتقه عنه الوجهان السابقان . فإن قلنا : يعتق ، فإن كان موسراً ، سرى العتق إلى الباقى ولزمه الغرم ، لأنه مختار فى الشراء ، وإلا ، فيبقى الباقى رقيقاً . هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض. فأما إن اشترى فى الذمة للقراض ، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض ، أوقعناه هنا عن القراض وحيث لم نصحح هناك ، أوقعناه هنا عن العامل ، وعتق عليه . وحكى قول : أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض

لفظاً ، ثم قال : كنت نويته ، وقلنا : إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء ، لم يقبل قوله ، لأن الذى جرى عقد عتاقه ،فلا يقبل رفعه .

فــرع

اشترى زوجة المالك ، أو زوجها بلا إذن ، قيــل : يصــح . والأصــح المنصوص ، المنع كمن يعتق عليه ، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر ، وإنما قصد بالإذن ما فيه حظ . فعلى هذا ، هو كما لو اشــترى من يعتق عليــه بلا إذن .

فــــرع قد ذكرنا أن القراض خاص وعام ، أما العام فهو أن يطلق تصرف العامل فى كل ما يرجو فيه ربحاً ، فهذا جائز على عموم التصرف ، وأما الخاص فهو أن يختص بالعامل على نوع واحد فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) ما يوجد فى عموم الأحوال كالحنطة والبز فيجوز ، ويكون مقصور التصرف على النوع الذى أذن فيه ، فلو أذن له أن يتجر فى البز جاز له أن يتجر فى صنوف البز كلها وجاز أن يتجر فى القطن والكتان والحــرير والصوف ولا يجوز أن يتجر فى البسط والفرش وهل يجــوز أن يتجر فى الثياب والأكسية أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجوز لأنها ملبوسة (والثانى) لا يجوز لخروجها عن اسم البز فلو أذن له أن يتجر فى الطعام اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق . وقال محمد بن الحسن : يجوز أن يتجر فى الحنطة والدقيق ، وعنــدى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار التاجر فيه جامعاً لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجمــوعة من الأصــناف المتشابهة التى يتجر فيها فلو أذن له فى البقالة اندرج تحت هذا الاسم أنواع الجبن والزيتون والمعلبات والصابون والمأكولات المجففة .

وإذا أذن له فى الخردوات (البازار) اندرج تحت هذا الاسم مجموعة من الأصناف كالخيوط والأشرطة والعطور وما أشبه ذلك . وهكذا فى كل

مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عندما يسمعه المرء مثلت للذهن أصناف متجره بغير عناء فإذا أذن له فى فتح محل (حاتى) [1] فلا يفتح (مسمطاً ولا فوالا ولا طباخاً) وإن كانت كلها مأكولات ، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذى لا يختلط بغيره وهكذا .

فإذا أذن له فى أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه ، كالياقوت الأحمر والخيل البلق والعبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده ، لأنه على غير ثقة من وجوده . فإذا أذن له أن يتجر فى ثمار موسمية كالثمار والفواكه فينظر فى عقد القراض ، فإن كان فى غير أوان تلك الثمار فالقراض باطل ، فإن جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فساده ، وإن كان ذلك فى أوان الثمار وإبانها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمار باقية ، فإن انقطعت ففى القراض وجهان :

(أحدهما) قد بطل بانقطاعها ، وليس له فى العام المقبل أن يتجر فيها إلا بإذن وعقد مستجد .

(والوجه الثانى) أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه فى كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول . أما إذا كان انقطاعه فى العام قليلا فالقراض على وجهه وحاله .

فـــرع إذا تقرر أنه لا يشترى إلا فى حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعاً من البيع والشراء نسيئة فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان :

(أحدهما) أن يشترى بالنساء فى مال القراض فيكون الشراء باطلا .

(والثانى) أن يشترى بالنساء فى ذمته فيكون الشراء لازما له ، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه ما لم يقبضه فان قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض ،

---

(١) فى لغة عوام المصريين بائع الشواء يسمى (حاتى) ومحل الرأس والكراع مطبوخة بالمرق يسمى (مسمط) .

وعليه استرجاعه ما كان باقيا ، فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشترى ، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشترى وإن أغرم المشترى لم يرجع على العامل لأن الغرم ثبت على من كان فى يده التلف .

فلو قال رب المال للعامل : اعمل فى القراض برأيك لم يجز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشترى بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح فى الأعيان ولا يصح فى الذمم ، ولو قارضه على مال فأذن له فى الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشترى نساء بأكثر من مال القراض قدراً لأن ما زاد عليه خارج منه .

فرع لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان عن رغبة فى تأليف المبتاعين وترويج السلعة والقناعة بالقليل من الربح مادام يتصرف على النظر والاحتياط وتوخى ما فيه الحظ له ولصاحبه بشرط أن لا يكون كثيراً لا يتغابن الناس بمثله .

فرع قال الشافعى : ومتى شاء رب المال أخذ ماله قبل العمل وبعده ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض يخرج منه ، وقد سبق أن قررنا أن القراض عقد جواز وليس عقد لزوم فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران ، فإذا فسخها أحدهما انفسخت فصار كاجتماعهما على قسمها ، فإذا كان المال من جنس رأس المال فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو صاحبه ، ثم نظر فإن كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما ، وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذه رب المال ولا شىء فيه للعامل ، وإن كان من غير جنس رأس المال فحكم هذا كحكمه لو كان عرضاً ، ولهما فى العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال .

(أولها) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فإذا قضى ثمنه أخذ رب المال ماله فضلا إن كان فيه .

(ثانيها) أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على نوعين :

أحدهما : لا يكون فى ثمنه ـ لو بيع ـ فضل ، فقد سقط حق العامل منه فصار العرض ملكا لرب المال بزيادته ونقصه ، فإن زاد ثمنه بعد ترك العامل له لم يكن له حق فى زيادته لخروجه بالترك عن قراضه .

والنوع الثانى : أن يكون فى ثمنه فضل لو بيع عند تركه نظر فى تـرك العامل فإن كان قد تركه إسقاطا لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكا لرب المال ولا شىء للعامل فيه ، وإن كان قد ترك تأخير البيع فهو على حقه من فضل ثمنه وله بيعه متى شاء .

(ثالثها) أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين

(أحدهما) أن لا يرجو فى ثمنه فضلا ، ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه ، ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً .

(والضرب الثانى) أن يرجو فى ثمنه فضلا ويأمـل ربحاً فله بيعه وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح ، فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ففى منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى سيد العبد الجانى إذا امتنع المجنى عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته .

(أحدهما) يمنع المجنى عليه من بيعه لوصوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى حقه .

(والوجه الثانى) أن المجنى عليه لا يمنع من بيـع الجـانى ، وكذلك لا يمنع العامل من بيع القراض لأنه قد يرجو زيادة على القيمـة لوجـود راغب .

(رابعها) أن يدعو رب المـال إلى بيعه ويمتنع العامل منـه ، فإن كان امتناعه تركا لحقه منه ففى إجباره على بيعه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر عليه لأن البيع والشراء إنما يلزم فى حقيهما وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما .

(والثانى) أن يجبر على بيعه ، لأن رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وإنما هو بدل عنه .

فرع سبق أن قررنا أنه لا يجوز له أن يسافر بغير إذن رب المال وأوضحنا من النفقات ما يؤخذ من القراض بالمعروف كنفقة الأقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة ، وقال أبوحنيفة : له فى نفقته أجرة حمامه وعلاجه وطبيبه وما يباح من شهواته ، وهذا غير صحيح من وجهين :

(أحدهما) أن نفقات الزوجات أوكد من نفقات العامل ومع ذلك ليس فيها شيء من ذلك .

(والثانى) أن ذلك مما لا يختص بالسفر ولا بعمله ، على أن من أصحابنا من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر ، وحكاه أبو على بن أبى هريرة عن بعض متقدميهم وهو أشبه بالقياس ، فإن دخل فى سفره بيتاً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر ما لم يتجوز أربعا فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر ، فإن كان بغير مال القراض من مرض طارىء أو عارض يختص به فنفقته فى ماله دون القراض وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظاراً لبيعه وقبض ثمنه أو التماساً لحمله أو لسبب يتعلق به فنفقته فى سفره لاختصاصه بالقراض .

قال الشافعى : وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالين بالحصص ، ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض، ومنعه بعض العراقيين لأن عمله مستحق فى مال القراض فصار كالأجير ، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لأنه إذا كان له أن يعمل فى ماله ومال القراض حضراً جاز له ذلك سفراً ولأن عمله فى القراض لا يمنعه من العمل فى جميع الأعمال مادام يؤدى مالزمه من عمل القراض وسواء فيما لسواه ممسكا أو

عاملا فلو شرط فى العقد أن يسافر بمال لنفسه بطل القراض لأنه قد أوقع عليه حجراً غير مستحق ، والمطلوب منه أن لا يخلط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالين ، فإن خلطهما فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكا ومضاربا ، ومؤنة المال مقسطة على قدر المالين ، ونفقة نفسه إن قيل : إنها لا تجب فى مال القراض فهو مختص بها ، وإن قيل : إنها تجب فى مال القراض فهى مقسطة على قدر المالين (والثانى) أن يخلط المالين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه ، وتكون نفقه المالين بقدر الحصص وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجرة المثل بحيث لا يوجب له أجرة كاملة لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض .

فرع إذا أبضع رب المال عامله فى مال القراض بضاعة ـ أى أعطاه قطعة من المال يتجر فيها لنفسه ـ يختص بربحها جاز إن كان من غير شرط فى القراض ولم يجز إن كان عن شرط وخالفنا مالك .

فرع إذا ادعى ظهور الربح فى المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح ، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته فإذا حضر المال وتحاسبا فوجدا رأس المال ناقصا ترادا الربح ليستكمل رأس المال ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففى جوازه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثانى) لا يجوز . وقد ذكره الشافعى فى موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والعامل أمين فيما فى يده فان تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ،

فان دفع اليه الفاً فاشترى عبداً فى الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده فى ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه . وفى الثمن وجهان :

(أحدهما) أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل فى الذمة ما وكل فى شرائه ، فتلف الثمن فى يده قبل أن ينقده .

(والثانى) أن الثمن على العامل ، لأن رب المال لم يأذن له فى التجارة الا فى رأس المال فلم يلزمه ما زاد .

وان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان :

(احدهما) يتلف من رأس المال ، وينفسخ فيه القراض ، لأنه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه .

(والثانى) أنه يتلف من الربح ، لأنه تصرف فى المال فكان فى القراض . وان قارضه رجلان على مالين ، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكلتا عليه ففيه قولان :

(احدهما) تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربى المال ، وأن كان فيهما ربح شاركهما العامل فى الربح ، وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه .

(والقول الثانى) أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما ، لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما .

فصل ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ اذا شاء لأنه تصرف فى مال الغير باذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة ، فان فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز وان باعاه جاز لأن الحق لهما ، وان طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر ، لأن حق العامل فى الربح ، وذلك لا يحصل الا بالبيع .

فان قال رب المال : أنا أعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل ، فان قلنا : انه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه ، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوض حقه . وان قلنا : لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين فى العبد الجانى اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن للمجنى عليه قيمته .

(أحدهما) لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه .

(والثانى) أنه يجبر لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد فى قيمته .

وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لأن حق رب المال فى رأس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع ، فان قال العامل : أنا أترك حقى

ولا أبيع فان قلنا : ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه ، لأنه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لا يجب . وأن قلنا : انه لا يملك بالظهور ففيـــه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط .

(والثانى) يجبر لأن البيع لحقه ولحق رب المال فى رأس ماله ، فاذا رضى بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله ، وان فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل فى العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده .

(فصـــل) وان مات أحدهما أو جن انفسخ لأنه عقد جائز فبطل بالموت والجنون ، كالوديعة والوكالة . وان مات رب المال أو جن وأراد الوارث او الولى أن يعقد القراض والمال عرض ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق: يجوز لأنه ليس بابتداء قراض ، وانما هو بناء على مال القراض فجاز . ومنهم من قال : لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز (*)

(فصـــل) وان قارض فى مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومـات اعتبر الربح من رأس المال ، لأن الذى يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله والربح ليس من ماله ، وانما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث ، وان مات وعليه دين قدم العامل على الغـرماء ، لأن حقه يتعلق بعين المـال فقـدم على الغرماء .

(فصـــل) وان قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل ، نفذ تصرفه لأن العقد بطل وبقى الاذن فملك به التصرف ، فان حصل فى المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً ، لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض .

فأما أجرة المثل فانه ينظر فيه ـ فان لم يرض الا بربح ـ استحق لأنه لم يرض أن يعمل الا بعوض ، فاذا لم يسلم له رجع الى أجرة المثل ، وان رضى من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففى الأجرة وجهان :

(أحدهما) لا يستحق وهو قول المزنى ، لانه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض .

(والثانى) أنه يستحق وهو قول أبى العباس لأن العمل فى القراض يقتضى العوض فلا يسقط باسقاطه كالوطء فى النكاح .

وان كان له على رجل دين فقال : اقبض مالى عليك فعزل الرجـل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض ، لأن قبضه له من نفسه لا يصح ، فاذا قارضه

عليه فقد قارضه على مال لا يملكه فلم يصح ، فان اشترى العامل شيئا فى الذمة ونقد فى ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان :

(أحدهما) أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لأنه اشتراه له باذنه ، ونقد فيه الثمن باذنه وبرئت ذمته من الدين ، لأنه سلمه الى من اشترى منه باذنه ويرجع العامل بأجرة المثل ، لأنه عمل ليسلم له الربح ، ولم يسلم ، فرجع الى أجرة عمله .

(والثانى) أن الذى اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه ، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له .

(فصـــل) وان اختلف العامل ورب المال فى تلف المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، أو فى الخيانة فادعاها رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لأنه أمين والأصل عدم الخيانة ، فكان القول قوله كالمودع .

(فصـــل) فان اختلفا فى رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير .

(والثانى) يقبل قوله ، لأن معظم منفعته لرب المال ، لأن الجميع له الا السهم الذى جعله للعامل ، فقبل قوله عليه فى الرد كالمودع .

(فصـــل) فان اختلفا فى قدر الربح المشروط ، فادعى العـــامل أنه النصف ، وادعى رب المال انه الثلث تحالفا ، لأنهما اختلفا فى عوض مشروط فى العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن ، فان حلفا صار الربح كله لرب المال ، ويرجع العامل بأجرة المثل ، لأنه لم يسلم له المسمى ، فرجع ببدل عمله .

(فصـــل) وان اختلفا فى قدر راس المال ، فقال رب المال الفان ، وقال العامل ألف فان لم يكن فى المال ربح فالقول قول العامل لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه الا ما أقر به وان كان فى المال ربح ففيه وجهان :

(أحدهما) أن القول قول العامل لما ذكرناه .

(والثانى) أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا ، كما لو اختلفا فى قدر الربح المشروط ، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف فى الربح المشروط ، اختلاف فى صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن ، وهذا اختلاف فيما قبض ، فكان الظاهر مع الذى ينكر كالمتبايعين اذا اختلفا فى قبض الثمن فان القول قول البائع .

(فصـــل) وان كان فى المال عبد فقال رب المال : اشتريته للقراض ، وقال العامل : اشتريته لنفسى أو قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال العامل: اشتريته للقراض فالقول قول العامل لأنه قد يشترى لنفسه وقد يشـــتريه للقراض ولا يتميز أحدهما عن الآخر الا بالنية ، فوجب الرجوع اليه ، فان أقام رب المال البينة أنه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يحكم بالبينة ، لأنه لا يشترى بمال القراض الا للقراض .

(والثانى) أنه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشترى لنفسه بمال القراض على وجه التعدى ، فلا يكون للقراض لبطلان البيع .

(فصـــل) وان كان فى يده عبد فقال رب المال : كنت نهيتك عن شرائه ، وأنكر العامل ، فالقول قول العامل ، لأن الأصل عدم النهى ، ولأن هذا دعوى خيانة والعامل امين ، فكان القول فيهما قوله .

(فصـــل) وان قال : ربحت فى المال ألفا ثم ادعى انه غلط فيه ، او اظهر ذلك خوفا من نزع المال من يده ، لم يقبل قوله ، لأن هذا رجوع عـــن الاقرار بالمال لغيره ، فلم يقبل ، كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط ، فان قال : قد كان فيه ربح ولكنه هلك ، قبل قوله ، لأن دعوى التلف بعد الاقرار لا تكذب اقراره فقبل) .

الشرح سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وإرفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ، ويجوز فسخه لمن شـــاء منهما ، فهو عقد ائتمان كالوديعة والعارية ، فإذا تلف فى يده فعلى تفصـــيل نضرب له مثلا تجتمع فيه صورة المسألة : رب مال دفع ألفى دينار قراضـــاً فتلف أحد الألفين فى يد العامل وبقى ألف ، فلا يخلو حال تلفهـــا من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لهـــما فهـــذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنهـــا بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا .

(والقسم الثانى) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بهـــا وباع ثم تلفت الألف من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتصرف الكامل قد صارت قراضا .

(القسم الثالث) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضاً وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها فى الابتياع فعلى هــذا يكون رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها قد صارت قراضاً .

(والوجه الثانى) أن الألف التالفة لا تصير قراضاً لتلفها قبل كمـال التصرف ببيع ما اشترى بها فعلى هذا يكون رأس المال ألفى درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها لم تصر قراضاً .

فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً فاشترى العامل بها عرضا ثم تلفت الألف قبل دفعها فى ثمن العرض فلا يخلو حال الشراء من أمرين :

(أحدهما) أن يكون قد تعين الألف فيـكون الشراء باطـلا . لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع ، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه .

(والثانى) أن يكون الشراء فى ذمة العامل ولم يعقده على عين الألف ففى الشراء وجهان :

(أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكـون الشراء مصروفا إليه ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : أن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض .

(والوجه الثانى) أن الشراء يكون فى القراض لأنه معقود له ، وهـذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيـع داخل فى القراض ، فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفا ثانية ، تصرف فى ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها فى ثمن العرض لزم رب المال

أن يدفع ألفاً ثالثة ، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين .

فإذا دفع ألفاً قراضاً فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقى فصارت ألفاً وخمسمائة وأرادا أن يعرفا قدر رأس المال ليقتسما الربح ، فوجه العمل فيه أن يقال لما خسر فى الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر ديناراً وتسع ، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتساع دينار فلو كان قد خسر العامل مائتى دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون ثم على هذا القياس .

فــرع قال الشافعى : وإن مات رب المال صار لوارثه فإنه رضى ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه ، وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه وهذا كما قال : عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال والعامل لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما فى العقد سواء ، لأنه تم بهما وهو غير لازم ، فإذا بطل بموت كل واحد منهما لم يخل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل ، فإن كان الميت منهما هو رب المال ناضاً أو عرضاً ، فإن كان ناضا ــ والناض النقود ــ منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال ويقاسموا العامل على ربح إن كان ، فإن أذنوا له فى المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ ، فلا يخلو حالهم فيه من أحد أمرين ، إما أن يكونوا عالمين بقدر المال أو جاهلين به ، فإن كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهل رشد لا يولى عليهم ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذنهم ، ثم إذا صح فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل ، فإن لم يحصل فكل المال الذى فى يده قراض لورثة ربه ، وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه فهو شريك فى المال بحصته من ربحه ، ويختص بما يحصل من فضله ومضاربته فيما يبقى من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه .

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذنهم له بالقراض ففيه وجهان مخرجان من وجهين :

(أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول .

(والثانى) أن القراض صحيح لأنه مبتدأ لعقد صحيح ، فإن كان مال القراض عند موت ربه عرضاً فقد قال الماوردى : للعامل بيعه من غير استئذان الورثة ، ولا يجوز أن يشترى بثمنه شيئاً من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد الماضى ، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف . فإن أذن له الورثة فى المقام على قراض أبيهم — فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضاً — أى نقودا — فيكون كإذنهم له بالقراض والمال ناض .

وإن كان قبل بيع العرض ففى جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن القراض باطل لأن عقده بالقراض باطل . (الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن القراض جائز لأنه استصحاب لعقد جائز .

وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشترى سواء كان المال ناضا أو عرضا ، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا بإذن رب المال أن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف فى المال لربه أو لوارثه ، وما أوجب ائتمان وارث العامل فى المال لا مع ربه ولا مع وارثه ، وإذا كان كذلك نظر فى المال . فإن كان ناضا استرجع رب المال رأس ماله واقتسما ربحا إن كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل فى المقام على القراض صح إن كانا عالمين بقدر المال . ويبطل إن كانا جاهلين بقدره وجها واحدا .

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل ، فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقيا فجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوده ، ولم يبطل بحدوث

الجهالة فيه ، وإذا مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يمكن استصحاب العقد المتقدم وكان استئناف عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه .

وان كان مال القراض عند موت العامل عرضا لم يجز لوارثه أن ينفرد ببيع العرض من غير إذن رب المال به ، فإذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال بفضل إن كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل ــ فإن كان بعد بيع العرض والعلم بثمنه ــ صح ، وإن كان العرض باقيا أو ثمنه مجهولا بطل وجها واحدا لما ذكرنا .

فــــرع قال الشافعي : وبيع ما كان فى يديه مع ما كان من ثيــاب أو أداة للسفر أو غير ذلك مما قل أو كثر ، فإن كان فيه فضل كان لوارثه وإن كان خسرانا كان ذلك فى المال ، وهذا كقوله : وإذا بطل القــراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان من مال القراض من غير عرض التجارة أو أداة للسفر .

قال الشافعي : مع ما كان من ثياب . فتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا إلى أن للعامل أن ينفق على نفسه فى سفره من مال القراض ، لأنه لو لم يشتر ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها فى القراض وهو لعمرى ظاهر يجوز التمسك به وقد تأوله من ذلك إلى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة ، أو اشتراها لنفسه وهى غير مختصــة بســفره ، فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع .

(أولها) أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيــه لعدم ربحه .

(ثانيها) أن يكون أكثر من رأس المال فلرب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل شريكه فى الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع ، فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضاً ــ نقوداً ــ نظر فيه ، فإن كانا قد عينا حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفاً بالحصص وإن لم يكونا قد عينا حــق

العامل فيه فالتالف منه تلف من الربح وحده ، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصد لجبران رأس المال .

(ثالثها) أن يكون أقل من رأس المال ، إما بخسران حصل فى المال أو لحادث أتلف شيئاً منه فيكون ذلك عائدا على رب المال دون العامل ، لأن الربح يعود عليهما والخسران مختص برب المال .

فإن قيل : فهلا كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما ؟ قيل : هما فى الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال لأن الخسران يعود إليه ، إلى ما تناوله عقد القراض . لأنه إنما تناول عملا من جهة العامل ومالا من جهة رب المال ، فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله فعلى هذا لو شرطا فى عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلا لاشتراطهما خلاف موجبه .

فـــرع قال المزنى « وإن دفع مالا قراضاً فى مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أحب العامل ربحه واقتسم الغرماء ما بقى من ماله » وهذا صحيح لأنه يجوز للمريض أن يدفع مالا قراضاً لما فيـــه من تثمير ماله ، وسوء قارض العامل على تساو فى الربح أو تفاضل فكان أقلهما سهما أو أكثر ، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ،لأنه بيسير الربح واصل إلى ما لم يكن واصـــلا إليـــه لو كف عن القراض وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجرة المثل لأنه قد كان مالكا للمنفعة ، فإذا عاوض عليها فى مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف بعض ملـــكه فكان معتبراً فى الثلث ، وليس رب المال مالكا لربح المال الذى صار إلى بعضه فلذا كان من رأس المال .

فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال فى قليل الربح وكثيره تولى رب المال ــ إن كان حياً ــ محاسبة العامل واستيفاء الحقين من أصل وربح ، فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان شريكا فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته ، وإن كان أجيراً فحقه متعلق بعين المال كالمرتهن ، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء فى رهنه .

وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضاً صح . وإن كان بأقل السهمين من الربح وكان من رأس المال ، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف .

فــرع قال المزنى : من ذلك لو دفع إليه ألف درهم فقال : خذها فاشتر بها هروياً أو مروياً [1] بالنصف كان فاسداً لأنه لم يبين ، فإن اشترى فجائز وله أجرة مثله ، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال : اشتر بها هروياً أو مرويا كان فاسدا باتفاق أصحابنا ، وإنما اختلفوا فى علة فساده على ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن علته أنه قال : فاشتر بها هرويا أو مرويا فلم يبين أحد النوعين من المروى والهروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلا ، والقراض إنما يصح بأن يعم جميع الأجناس أو يعين أحد الأجناس .

(والثانى) وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون لرب المال أو للعامل . قال واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل له فصار لنفسه مبطلا للقراض ما لم يبين نصيب العامل ، واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض فصار القراض بهذا القول مترددا بين الصحة والفساد فبطل .

(والثالث) وهو اختيار أبى إسحاق المروزى : أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع ، والقراض إنما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل ، فإذا تقرر ما وصفنا فى اختلاف أصحابنا فى علة فساده ، فإن اشترى كان الشراء جائزا لأنه مأمور به وله أجرة مثله ، وإن باع كان البيع باطلا لأنه غير مأمور به .

وإذا قال : خذ هذا المال قراضا . ولم يزد على ذلك كان قراضا فاسداً للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح . إلا أن شراء العامل وبيعه جائز ، لأنه أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجرة مثله . وحكى عن أبى العباس بن سريج أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه .

---

(1) ثياب تنسب الى مدنها التى صنعت فيها مثل هراة ومرو وهما مدينتان بين بخارى ونيسابور وراء بحر قزوين .

قال الماوردى : وهذا المحكى عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك فى إطلاق القراض لجاز مثله فى البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة . وكذا فى الإجازة وكل العقود فأما إذا قال : خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضا صحيحا ، ويصح شراء العامل وبيعه ، وهل يكون قراضا فاسدا أو معونة ؟ على وجهين :

(أحدهما) يكون استعانة بعمله كما لو قال : اشتر وبع على أن جميع الربح لى ، فعلى هذا لا أجرة للعامل فى عمله .

(والثانى) أنه يكون قراضا فاسدا لأنه الأغلب من حال أمره وحال قوله : على أن جميع الربح لى . لما فيه من التصريح بأن لا شىء له فيه . فعلى هذا يكون للعامل أجرةمثله، وسواء حصل فى المال فضل أو لم يحصل .

فرع قال المزنى : وإن قال خذها قراضا أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان ، فإن علما ذلك فجائز ، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد . وهذا كما قال : إذا دفع المال قراضا من غير أن يسمى فى الربح قدراً فعله محمول على مثل ما قارض زيد عمرا ، فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما ، لأنهما عقداه بمعلوم من الربح ، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله : على مثل ما قارض به زيد عمرا كان القراض باطلا لجهلهما بقدره . والجهالة بقدر الربح مبطلة للقراض .

فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً وهكذا لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض ، لأن جهل أحد المتعاقدين بالعوض كجهلهما معا به ، فلو قال : خذه قراضا على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلا ، لأن زيداً قد يقارض عمرا وقد لا يقارضه ، وقد تقارض على قليل أو كثير . وهكذا لو قال : خذه قراضا على ما يوافقك عليه زيد لم يجز للجهل بما يكون من موافقته .

وهكذا لو قال : خذه قراضا على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقنعك

لم يجز لجهله بكفايته وقناعته ، فإن اشترى وباع فى هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه ، وللعامل أجرة المثل .

فــــرع إذا اختلف رب المال والعامل فى قدر رأس المال فقال العامل : هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان ، فإن لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه ، وإن كان فى المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله ؛ مثل أن يدعى العامل — وقد أحضر ألفى دينار — أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح ، ففيه لأصحابنا وجهان ، وعن أبى حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين فى العامل هل هو وكيل أو شريك ؟

(أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل : إن العامل وكيل مستأجر . وهذا قول زفر بن الهذيل .

(والثانى) أن القول قول العامل إذا قيل : إنه شريك مساهم . وهذا قول محمد بن الحسن ، وهو أصح الوجهين فى اختلافهما ، لأن قوله نافذ فيما بيده ، فعلى هذا لو أحضر ثلاثة آلاف دينار وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان . وقال رب المال : رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الألفين ربحا . وجعل رأس المال ألفا .

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف : رأس المال منها ألف والربح ألف والألف الثالثة ، أو وديعة فى يدى ، أو هى دين على من قراض وادعاها رب المال ربحا فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العبد المأذون له فى التجارة

لا يجوز للعبد ان يتجر بغير اذن المولى لان منافعه مستحقة له ، فلا يملك التصرف فيها بغير اذنه ، فان رآه يتجر فسكت لم يصر مأذوناً له ، لانه تصرف يفتقر الى الاذن ، فلم يكن السكوت اذناً فيه ، كبيع مال الأجنبى ، فان اشترى

شيئاً فى الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى وأبو اسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير اذن المولى كالنكاح .

وقال أبو على بن أبى هريرة : يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه فى الذمة كالمفلس ، ويخالف النكاح ، فانه تنقص به قيمته ، ويستضر به المولى ،فلم يصح من غير اذنه . فان قلنا : انه يصح دخل المبيع فى ملك المولى ، لأنه كسب للعبد فكان للمولى ، كما لو احتش أو اصطاد ، ويثبت الثمن فى ذمته لأن اطلاق البيع يقتضى ايجاب الثمن فى الذمة ، فان علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضى بذمته فلزمه الصبر الى أن يقدر ، كما نقول فيمن باع من مفلس ، وان لم يعلم ثم علم ، فهو بالخيار بين أن يصبر الى ان يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله ، لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار ، كما نقول فيمن باع من رجل ثم افلس بالثمن . وان قلنا : ان الشراء باطل ، وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد . فان تلف فى يد العبد أتبع بقيمته اذا عتق ، لأنه رضى بذمته وان تلف فى يد السيد ، جاز له مطالبة المولى فى الحال ، ومطالبة العبد اذا عتق ، لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق .

فصل وان اذن له فى التجارة صح تصرفه ، لأن الحجر عليه لحق المولى ، وقد زال ، وما يكتسبه للمولى ، لأنه ان دفع اليه مالا فاشترى به كان المشترى عوض ماله فكان له ، وان اذن له فى الشراء فى الذمة كان المشترى من أكسابه ، لأنه تناوله الاذن فان لم يكن فى يده شىء أتبع به اذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ، ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له فى رقبته ، فلم يقض منها دينه .

فصل ولا يتجر الا فيما أذن به ، لأن تصرفه بالاذن ، فلا يملك الا ما دخل فيه . فان اذن له فى التجارة لم يملك الاجارة ، ومن أصحابنا من قال : يملك اجارة ما يشتريه للتجارة ، لأنه من فوائد المال ، فملك العقد عليه كالصوف واللبن ، والمذهب الأول ، لأن المأذون فيه هو التجارة ، والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن فى التجارة .

فصل ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف ، والعرف هو البيع بالنقد ، وثمن المثل ، ولأنه يتصرف فى حق غيره ، فلا يملك الا ما فيه النظر والاحتياط ، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط ، فلا يملك . ولا يسافر بالمال لأن فيه تغريراً بالمال فلا يملك من غير اذن ، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير اذنه ففيه قولان :

(احدهما) أنه لا يصح وهو الصحيح ، لأن الاذن فى التجارة يقتضى ما ينتفع به ويربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه .

(والثاني) أنه يصح لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه ، فاذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب أن يملك جميع ما يملك . فان قلنا : يصح فأن لم يكن عليه دين عتق ، وان كان عليه دين ففيه قولان :

(احدهما) يعتق لأنه ملكه .

(والثاني) لا يعتق لأن حقوق الفرماء تعلقت به ، فان اشتراه باذنه صح الشراء ، فان لم يكن عليه دين عتق عليه ، وان كان عليه دين فعلى القولين ، ومتى صح العتق لزمه ان يغرم قيمته للفرماء ، لأنه أسقط حقهم منه بالعتق .

(فصـــل) واذا اكتسب العبد مالا بأن احتش أو اصطاد أو عمل فى معدن ، فأخذ منه مالا او ابتاع او اتهب أو اوصى له بمال فقبل ، دخل ذلك فى ملك المولى ، لأنها اكتساب ماله ، فكانت له . فان ملكه مالا ففيه قولان : قال فى القديم : يملكه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، الا ان يشترطه المبتاع » ولأنه يملك البضع فملك المال كالحر ، وقال فى الجديد : لا يملك ، لأنه سبب يملك به المال ، فلا يملك به العبد كالارث ، فان ملكه جارية واذن له فى وطئها ملك وطأها فى قوله القديم ، ولا يملك فى الجديد ، وان ملكه نصابا لم يجب زكاته على المولى فى قوله القديم ، ويجب فى الجديد ؛ فان وجب كفـارة على بالطعام والكسوة فى قوله القديم ، وكفر بالصوم فى قوله الجديد ، وأما العتـق فلا يكفر به على القولين لأن العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء ، وان باعه وشرط المبتاع ماله ، جاز فى قوله القديم ان يكون المال مجهولا ، لأنه تابع ولا يجوز فى الجديد لأنه غير تابع والله اعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشـيخ محى الدين النووى رحمـه الله تعـالى : العبـد المأذون له [فى التجـارة] ، إذا اشـترى من يعتق على سيده بإذنه ، صح ، وعتق عليه إن لم تركبه ديون ، وإلا ، فقولان ، لأن ما فى يده كالمرهون بالدين . وإن اشترى بغير إذنه ، لم يصح على الأظهر . والثاني : يصح ، ويعتق عليه ورأى الامام القطع بالبطلان ان كان [أذن] فى التجارة ، وجعل الخلاف فيما إذا قال : تصرف فى هذا المال واشتر عبداً . والجمهور على جريان القولين فى الإذن فى التجارة ، وهو نصه فى « المختصر » ثم هذا الخلاف ، إذا لم يركبه دين ، فإن ركبه ، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه ، وأولى بالبطلان . فإن صح ، ففى نفوذ العتق القولان .

فــرع

لو كان فى المال جارية ، لم يكن [1] للمالك وطؤها ، كان فى المال ربح أو لم يكن . واستبعد الامام التحريم إذا لم يكن ربح ، وإذا حرمنا ، فوطىء ، لم يكن فسخاً للقراض على الأصح ، ولا حد عليه . وأما المهر ، فسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو وطئها العامل ، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً ، وإلا ، فلا حد ، ويؤخــذ منه جميــع المهر ويجعل فى مال القــراض . ولو استولد ، لم تصر أم ولد إن قلنا : لا يملك بالظهور ، وإلا ، ثبت الاستيلاد فى نصيبه ويقوم عليه الباقى إن كان موسراً .

فــرع

لا يبطل الإذن بالإباق ، وقال أبو حنيفــة : يبطــل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه فى التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشــبه ما لو باعه .

وقال أحمد : إن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له فى التجارة فلم يمنــع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره ، وما ذكره أبو حنيفة غير صحيح ، فإن سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعــه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب .

ولا يجوز للمأذون فى التجارة التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثيــاب ولا الهبة بالمأكول ، ولا إعارة الدابة . وقال أحمد : يجوز هبتــه وإعارته دابته ، واتخاذ الدعوة ما لم يكن إسرافاً ، وبه قال أبو حنيفة : دليلنا أنــه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه . وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك . وروى أبو سـعيد مولى أبى أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ

---

(1) فى نسخ الظاهرية : لم يجز

عبد ، رواه صالح فى مسائله بإسناده . قال ابن قدامة فى المغنى : ولأن العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها . والله تعالى أعلم .

فـــرع

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ، لأنه ينقصها فيضر بالعامل .

بعد أن عرضنا فقه المضاربة وأحكامها عند علماء المسلمين نأتى إلى هذا البحث الموجز الذى أحلنا عليه فى باب القرض للدكتور محمد نجاة صديقى الحائز على جائزة الملك فيصل :

البديل من المصارف الربوية

تقوم المصارف الإسلامية على مبدأين أساسيين فى الشريعة الإســلامية : تحريم الفائدة [١] ، والاستعاضة عنها بالمشاركة فى الأرباح كلمـا كان ذلك ممكناً ومرغوباً [٢] . وإذا كانت الآثار المترتبة على ذلك آثاراً ثورية ، إلا أن التغيير المطلوب تغيير سهل وميسور . فالمودعون فى حسابات ادخارية أو ودائع لأجل ، يتعهد لهم بدلا من العائد الثابت فى صورة فائدة ، بحصـة مجددة من الأرباح التى حققتها المصارف نتيجة اســتثمارها . أما المنظمون الباحثون عن السلف من المصارف ، فيتعهدون لها بحصة من الأرباح التى يحققونها . وإذا لم تتحقق أية أرباح استردت المصارف ما أعطت فحسب . وإذا ما آل المشروع إلى خسارة ما ، نظر إلى هذه الخسارة على أنها نقص لحق برأس المال ، واستردت المصارف ما تبقى . والحقيقة هنا أن المصارف لم تعد مقرضة ، بل أصبحت شريكة فى المشروع . وهنـاك عـدة طـرق لاستثمار أموال المصرف على أساس المشاركة فى الأرباح ، غير أننا نختـار أسهلها لإيضاح المقصود . والراجح أن يؤمن تنويع المصارف لاستثماراتها

---

(١) « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، القرآن الكريم ٢ / ٢٧٥ .

(٢) محمد نجاة الله صديقى : « الأصول الشرعية للشركة والمضاربة » ، المنشـــورات الاسلامية ، لاهور ١٩٦٩ .

عائداً إيجابياً عليها فى الجملة ، بحيث يكون المودعون عملياً واثقين من حصولهم على مثل هذا العائد الايجابى .

فاعلية التخصيص :

باستبدال المشاركة بالفائدة ، يصبح العائد على رأس المال الذى تقرضه المصارف ، كما يصبح رده ، متوقفين كلية على إنتاجيـة المشروع المنتظر . وهـذا ما يدفع المصرف إلى الحرص التـام على فحص المشروع وتقـدير إنتاجيته ، وذلك باختيار المشروعات التى تعد بأعلى معدل للربح . وعليه فإن تخصيص الأموال الاستثمارية لا يعود موجهاً بمقدرة المقترض على رد مبلغ القرض وفائدته ، كما يستدل عليها بقرينة ثروته الصافية ، بل يصبح موجهاً بسلامة المشروع والقدرات التنظيمية لشريك العمل .

فتتدفق الأموال الاستثمارية فى الاتجاهات التى ترشد إليها معـدلات الربح المتوقعة ، وتزول من عملية تخصيص الموارد التشوهات الناجمة عن مؤسسة الفائدة والمبينة أعلاه .

إن المنظمين العاملين برأس مال حصلوا عليه من المصارف يمكنهم تعظيم عائداتهم بتعظيم Maximising أرباح المشروع . وبهذا تتضافر خبـرة المصارف مع خبرة العمل فى تأمين إدارة فعالة حريصة على تعظيم الانتاجية ، ذلك لأن ترتيب المشاركة فى الربح ، خلافاً لترتيب القرض ، يحرك باستمرار اهتمام الممول بأداء المشروع وإنجازه . وتتفق مصلحة الطرفين ، بأن يعمل كل منهما بالتعاون مع صاحبه على خلق مزيد من الثروة ، كلما زاد انتاجهما زادت حصة كل منهما . وتسرى هذه الروح إلى النظام الانتاجى بكامله ، بصرف النظر عن الشـكل الذى يمكن أن تأخـذه المشـاركة بالأرباح فى القطاعات المختلفة .

ثبات قيمة النقود :

بافتراض استمرار الأخذ بمبدأ الاحتياطيات الجزئية ، تبقى المصـارف

التجارية (*) قادرة على التوسع الائتماني وخلق نقود جديدة [٣] ، غير أن هذه النقود الجديدة لن تظهر بعد ذلك فى صورة قروض تحمل فائدة . بل ستظهر غالباً فى صورة سلف مصرفية تشترط حصة فى الأرباح الفعلية للمشروع.وينعقد التمويل المصرفى،ومن ثم تخلق النقود ، عندما يقتنع كل من المصرف والمنظم بأن هناك توقعات حقيقية لخلق ثروة إضافية ، فتخلق نقود جديدة فقط عندما يكون ثمة احتمال قوى فى زيادة مقابلة فى عرض السلع والخدمات .

لكن ماذا لو جاء التوقع غير مصدق ، وآل المشروع إلى خسارة ؟ إن رأس المال يرد إلى المصرف ناقصاً بمبلغ الخسارة ، أى بقيمة تعادل القيمة الفعلية التى وصل إليها المشروع . وهكذا فإن عرض النقود ، فى النظام المصرفى الجديد القائم على المشاركة ، لا يسمح له بتجاوز عرض السلع والخدمات .

على أن جزءاً من التوسع الائتمانى سيحدث فى صورة قروض استهلاكية قصيرة الأجل خالية من الفائدة . وهذه القروض ستكون تضخمية ، إذ تزيد الطلب على السلع والخدمات بدون زيادة مقابلة فى عرضها . لكن يمكن للقروض الاستهلاكية أن لا تكون تضخمية ، وذلك عندما تنشأ مباشرة من المدخرات أو من الحصيلة الضريبية . ومن الطبيعى فى نظام مصرفى قائم على أساس المشاركة بالربح ، لا يمكن للمصارف أن تلعب إلا دوراً محدوداً فى تقديم القروض الخالية من الفائدة إلى المستهلكين ومثل هذه السياسة لاتزال من أكثر السياسات تفضيلا ، بالنظر إلى الأثر التضخمى للنقد المصرفى الممنوح قروضاً استهلاكية . على أن قروض المستهلكين الخالية من الفائدة يجب أن يكون مصدرها الإيراد الضريبى (الذى يشمل الزكاة) [٤]

(*) فى اطار اسلامى . المترجم .

(٣) م.ن. صديقى : مصارف بلا فائدة ، ٧٧ – ٩٤ .

(٤) اقترح عدد من العلماء استخدام الزكاة فى منح قروض حسنة الى المستهلكين المحتاجين من بينهم حميد الله ، وأبو زهرة ، وخلاف . راجع تفاصيل ذلك فى فقه الزكاة ليوسف القرضاوى ، ج ٢ ، ص ٦٤٣ ، بيروت ١٩٨٠ .

والمدخرات المتاحة للحكومة والوكالات العامة الأخرى ، خصوصاً لهذا الغرض .

ربما لا يكون ممكناً مواجهة جميع الاحتياجات المالية للقطاع الانتاجي على أساس المشاركة بالربح . فالتمويل الجسرى Bridge Finance والاحتياجات المالية ذات الأجل القصير جداً يمكن أن تتعين تغطيتها بالقروض الخالية من الفائدة ، فى الحالات التى لا يمكن فيها تقدير مساهمة هذه الأموال فى أرباح المشروع .

وبما أن المصارف لا تستطيع الحصول على أية عائدات مباشرة من مثل هذه العمليات الإقراضية ، فإن هذا النشاط لا يمكن أن يحتمل أبعاداً (نسباً) كبيرة . والحقيقة أنه قد يتوجب عليها الاقتناع بفعل ذلك من خلال تنظيمات خاصة وحوافز معينة [٥] .

ويمكن أن يتعين تقسيم هذه القروض إلى حصص وفقاً لاحتياجات أرباب الأعمال ، وهى الاحتياجات التى لا يمكن تغطيتها بطريق تمويلات المشاركة بالربح . وبرغم عدم إمكان حساب ربحيتها ، إلا أنها تساهم فى اتجاه خلق ثروة إضافية نتيجة تسهيل عملية الإنتاج ، وبذلك يمكن أن لا تكون تضخمية .. وعلى كل حال ، فإن تقديم قروض بلا فائدة إلى التجارة يمكن أن يبقى فقط فى الحدود التى تستطيع السلطة النقدية التحكم بها فعلا وبسرعة .

أما تقديم القروض اللاربوية إلى الحكومة ، فإن أثره على قيمة النقود يتوقف على الاستعمال الذى توضع فيه هذه الأموال المقترضة ، وكذلك على ما إذا كانت القروض ناشئة فى أصلها عن مدخرات أو عن نقد مصرفى . وأياً ما كان الأمر ، فإن الاقتراض العام للأغراض غير المنتجة من المصارف التجارية سيكون تضخمياً ، ولابد من حصره فى الحد الأدنى .

زيادة حجم الاستثمار :

إن التزام المنظم برد رأس مال القرض ودفع معدل فائدة محدد مسبقاً إلى

---

(٥) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره .

المصرف ، إنما يضع على إرادته فى المخاطر قيداً ثقيلا ، إذ لا يعود من الممكن القيام بأى مشروع ما لم تكن أرباحه المنتظرة كبيرة إلى حد كاف لتغطية خطر الخسارة ، وتأمين عائد مساو لمعدل الفائدة ، بالإضافة إلى إدرار فائض للمنظم نفسه يعادل على الأقل مكاسبه البديلة فى سوق العمل ، بيد أن التحول إلى المشاركة يلغى الالتزام بدفع معدل ثابت للعائد كالفائدة . ويبقى المنظم حريصاً على كسب الأرباح ، لأن مكافأته الخاصة تتراكم له فى شكل حصة من الأرباح الفعلية . فالمنظم هنا فى محاولته تأمين ربح لنفسه ، على الأقل مساو لمكاسبه البديلة كما بينا أعلاه ، إنما يؤمن معها رد رأس المال ورد عائد إيجابى عليه . ولما كان المنظم غير مقيد بالتزام تعاقدى لرد رأس المال والفائدة ، فإنه سيكون مقتنعاً بأن حصته ، الناجمة عن معدل ربح المشروع مضروباً بنسبة المشاركة [٦] فى الربح بينه وبين المصرف ، ستؤمن له عائداً مساوياً لمكاسبه البديلة . والغالب أن هذا المعدل الربحى للمشروع سيكون فى هذه الحالة (حالة المشاركة) أخفض منه فى حالة الأخذ بنظام الفائدة ، حيث يتوجب تغطية علاوة المخاطرة ، ومعدل الفائدة ، ومكافأة المنظم المساوية لمكاسبه البديلة . وهكذا فإن ترتيب المشاركة بالربح يمكن ، إذا بقيت الأشياء الأخرى على حالها ، أن يسمح للمنظمين بالقيام بعدد من المشروعات يستبعد فى ظل الترتيب القائم على الفائدة . لذلك فإن الطلب على الاستثمار يرجح أن يكون أعلى فى ظل الترتيب القائم على المشاركة بافتراض بقاء الأشياء الأخرى ثابتة .

وكما هو مبين أعلاه ، ليس هناك سبب للاعتقاد بأن يتأثر عرض الادخار تأثراً سلبياً ، بالتحول من الفائدة إلى المشاركة بالربح . فعند مستوى معين من عرض الادخار فى الودائع المصرفية ، يكون عرض الأموال الاستثمارية على المنظمين دالة موجبة لمعدل العائد الذى تتوقع المصارف تحقيقه . وفى غياب أى سبب قوى للاعتقاد بشىء آخر ، إذا افترضنا أن شكل منحنى

---

(٦) من أجل مناقشة موجزة لتحديد نسبة المشاركة ، انظر بحث المؤلف « اقتصاديات المشاركة ».

العرض ووضعه بقيا ثابتين ، فإن الانتقال إلى الأيمن فى منحنى الطلب على الاستثمار يرجح أن يؤمن حجماً أكبر من الاستثمار فى الاقتصاد ، إذا ما استبدلت المشاركة بالفائدة . والزيادة فى حجم الاستثمار تعنى الزيادة فى حجم التشغيل Employment وارتفاع مستوى الدخل .

العدالة فى التوزيع :

أكبر خسارة يمكن أن يتحملها منظم يعمل برأس مال مشارك فى الربح تتمثل فى أن يجد نفسه فى النهاية بلا أجر على خدماته التنظيمية . فإن عدم نجاحه فى المشروع لن يقتضى أى تحويل من أمواله الخاصة إلى مورد رأس المال ، كما هى الحال فى القروض ذات الفائدة . وبالمقابل فإن المشروع إذا نجح أدر على المنظم حصة من الأرباح المتحققة ، ولو كان معدل الربح قليلا . وفى هذا أيضاً تناقض حاد مع الترتيب الحالى الذى يحصل فيه المنظم على الباقى فقط بعد أن يكون رب المال قد نال استحقاقه من الفائدة المشروطة .

إن الترتيب الجديد يلغى أى تحويل صاف للثروة الموجودة من المنظمين إلى أصحاب الثروات . ذلك بأن الإضافة إلى ثروة أصحاب رؤوس الأموال إنما تتأتى من الثروة الإضافية التى تولدت من الاستخدام المنتج لرؤوس أموالهم بعضها يذهب لتعويض الخسائر التى ينظر إليها على أنها تآكل لرأس المال ، ويتحملها رب المال ، والباقى إضافة صافية إلى ثروة أصحاب المال . أما الحصص النسبية لأرباب المال والمنظمين من الإضافة الصافية للثروة الاجتماعية فهى تتبع ، فى الاقتصاد ، النسبة المتوسطة للمشاركة فى الربح .

وفى مجال تمويل المستهلكين والحكومة ، يستلزم استبدال الربح بالفائدة أن استخدام الأموال حيثما كان منتجاً للقيمة ، كانت لصاحبها حصة فى القيمة المضافة ، عدا الحالات التى لا يمكن فيها طبعاً تقدير هذه القيمة المضافة . وفى الحالات التى ليست فيها إنتاجية صافية ، إذا كان تقديم الأموال ضرورياً اجتماعياً ، فيجب ترتيبه على أساس غير تجارى ، كالقروض الخالية من الفائدة والمضمونة الرد . وسنناقش أدناه مناقشة موجزة أشكال هذا التصرف ، غير أن آثاره على توزيع الدخل والثروة يحسن بيانها فى هذه

المرحلة : فهذا التصرف يوقف أى تحويل فى الثروة الموجودة إلى أصحاب رأس المال مقابل استخدامه . فالثروة لن تجلب مزيداً من الثروة لأصحابها إلا عندما يؤدى استخدامها فعلا إلى خلق ثروة إضافيه . وعلى هذا الأساس لن يكون هناك تأثير سلبى على توزيع الدخل والثروة ، فى المجتمع كله ، كما هو الأمر فى نظام الفائدة تاريخياً .

إن الحصص النسبية لأصحاب رأس المال والمنظمين فى الإضافات الصافية إلى الثروة الاجتماعية ، والناشئة من استخدام المنظمين المنتج لرأس المال ، سوف تتوقف على وسطى نسبة المشاركة فى الأرباح بين الطرفين . ولما كانت هذه النسبة تتحدد بالعرض والطلب [٧] ، فإن قدرة أصحاب الثروات على تلقى حصة كبيرة من الثروة الاجتماعية المضافة لا يمكن إلغاؤها . فإذا ما نظر إلى هذا على أنه غير مرغوب احتاج المجتمع الى تدابير أخرى لمعالجة الوضع .

تمويل الحكومة :

إن إمكانيات تمويل الحكومة بأموال مشاركة فى الربح قد سبق لنا بيانها فى موضع آخر [٨] . فهناك أنواع مختلفة من الأسهم والشهادات يمكن إيجادها لتعبئة الموارد من أجل المشاريع العامة ، وهى توفر لمقدمى المال حصة من الأرباح ، مع قدرتهم فى كل وقت على تصفية أسهمهم فى سوق نظامية للأسهم [٩] . غير أن هذا قد لا يلبى حاجة الحكومة إلى أموال قصيرة الأجل ، من أجل التمويل الجسرى Bridge Financing للانفاق الحكومى غير المنتج . ويمكن سد هذه الحاجة بإصدار شهادات قرض يتم تشجيع الاكتتاب فيها بإعفاءات ضريبية ملائمة [١٠] ، أو بإجبار المصارف التجارية على تخصيص حصة من ودائعها الحالة (تحت الطلب) لإقراض الحكومة ، بلا فائدة [١١] .

---

(٧) م.ن. صديقى : « اقتصاديات المشاركة » ، سبق ذكره .
(٨) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره ، ص ١٣٨ ــ ١٥٣ .
(٩) م.ع. شابرا ، ص ١٦
(١٠) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره ، ص ١٥٣ ــ ١٦٣
(١١) م.ع. شابرا ، سبق ذكره ، ص ٣٠ ــ ٣١

وفى الكوارث العامة كالطوفان والمجاعة ، أو الطوارىء كالحرب ، يجب أن تلجأ الدولة إلى الهبات والقروض الخالية من الفائدة ، لسد الفجـوة بفرائض خاصة وقروض إجبارية من هؤلاء الذين لديهم فائض يدخرونه [١٢] إذ إن اللجوء ، فى تلك الحالات ، إلى القروض بفائدة أمر خارج تماماً عن الموضوع .

فصــل

فى مســـائل منثورة

إحداها : ليس لعامل القراض التصرف فى الخمر بيعاً ولا شراء وإن كان ذمياً ، فإن خالف واشترى خمراً ، أو خنزيراً ، أو أم ولد ، ودفع المال فى ثمنه، ضمن ، عالماً كان أو جاهلا ، لأن الضمان لا يختلف بهما . هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا ضمان فى العلم والجهل ، وهو شاذ ضعيف . وقيل : يضمن فى العلم دون الجهل . وقيل : يضمن فى الخمر مطلقاً ، ولا يضمن فى أم الولد مع الجهل .

قلت : الوجه المذكور فى شراء الخمر عالماً ، أنه لا يضمنه ، هو فى الذمى دون المسلم ، لأنه يعتقده مالا ، قاله فى « البيان » . والله أعلم .

الثانية : قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ، ويشترى من أمتعته ثم يبيعها هناك ، أو يردها إلى موضع القراض ، قال الامام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نقل المتاع من بلد إلى بلد ، [عمل] زائد على التجارة، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما إذا أذن له فى السفر ، فإن الغـرض منه نفى الحرج . وقال الأستاذ أبو إســحاق وطائفة مــن المحققين : لا يضر شرط المسافرة ، فإنها الركن الأعظم فى الأموال النفسية .

الثالثة : قال : خذ هذه الدراهم قراضاً ، وصارف بها مع الصيارفة ، ففى

---

(١٢) م.ن. صــديقى : « نظـرية الملكية فى الاســلام » ، ج ٢ ، ص ٢٠٩ ــ ٢٣٨ ، المنشورات الاسلامية ، لاهور ، ط ٣ ، ١٩٧٧ (باللغة الأردية) .

صحة مصارفته مع غيرهم وجهان . وجه الصحة : أن مقصوده التصرف مصارفة .

الرابعة : خلط العامل مال القراض بماله ، صار ضامناً وكذا لو قارضه رجلان ، فخلط مال أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين ، فخلطهما ، ضمن . فلو دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم ألفاً ، وقال : ضمه إلى الأول ، فإن لم يكن تصرف بعد فى الأول ، جاز ، وكأنه دفعهما إليه معاً ، وإن كان تصرف فى الأول ، لم يجز القراض فى الثانى ، ولا الخلط ، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخسراناً ، وربح كل مال وخسرانه يختص به . ولو دفع إليه ألفاً قراضاً ، وقال : ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحهما لك وثلثاه لى ، أو بالعكس ، فسد القراض ، لما فيه من شرط التفاوت فى الربح مع التساوى فى المال ، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة فى المال . ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً ، وعمرو كذلك ، فاشترى لكل واحد عبداً بألف ، ثم اشتبها عليه ، فقولان . أحدهما : ينقلب شراء العبدين له ، ويغرم لهما ، لتفريطه . ثم المغروم عند الأكثرين الألفان . وقيل : يغرم قيمة العبدين وإن زادت . والقول الثانى : يباع العبدان ، ويقسم الثمن بينهما . فإن حصل ربح ، فهو بينهم على حسب الشرط . وإن حصل خسران ، قال الأصحاب : يلزمه ضمانه ، لتقصيره . واستدرك المتأخرون فقالوا : إن كان لانخفاض السوق ، لا يضمن ، لأن غايته أن يجعل كالغاصب ، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق . قال الامام : والقياس مذهب ثالث غير القولين ، وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال إن لم يصطلحا .

قلت : قال الجرجانى فى « المعاياة » : [و] لا يتصور خسران على العامل فى غير هذه المسألة .

وبقى من الباب مسائل .

منها : لو دفع إليه مالاً وقال : إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء ، ولك نصف الربح ، فمات ، لم يكن له التصرف ، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة

عين ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح . ولو قارضه على نقد ، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد ، ثم انفسخ القراض ، قال صاحب « العدة » و « البيان » : رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح . وقيل : من الحادث . ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره ، فهو كمن مات وعنده وديعة ولم يعرف عينها ، وسيأتى بيانه فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

ولو جنى عبد القراض ، قال فى « العدة » : للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه . والله أعلم .



كتـــاب المســاقاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه « عامل النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمـــر وزرع » وتجوز على الكرم لأنه شجرة تجب الزكاة فى ثمرته فجازت المساقاة عليـــه كالنخل ، وتجوز على الفسلان وصغار الكرم الى وقت تحمل ، لأنه بالعمـل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم ، ولا تجـــوز على المباطخ والمقاثي والعلف وقصب السكر ، لأنها بمنزلة الزرع فكان المســاقاة عليها كالمخابرة على الزرع .

واختلف قوله فى سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح ، فقال فى القديم : تجوز المساقاة عليها ، لأنها شجر مثمر فأشبه النخل والكـــرم . وقال فى الجديد : لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة فى ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب والخلاف .

واختلف قوله فى المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال فى الأم : تجوز لأنه اذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر ، فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهى من الغرر أبعد أولى . وقال فى البويطى : لا تجوز ، لأن المساقاة عقد على غرر ، وانما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة الى استخراجها بالعمل ، فاذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة ، فلم تجز) .

الشرح حديث ابن عمر رواه الجماعة ، وقد جاء فى رواية الصحيحين عن ابن عمر أيضاً « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا » وعن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا » رواه أحمد والبخارى بمعناه . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قالت الأنصار للنبى صلى الله عليه وسلم اقسم بيننا وبين إخواننا النخل . قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمل ونشرككم فى الثمرة ؟ فقالوا : ســمعنا وأطعنا » . رواه البخـــارى . وعن س « أن

معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع،فهو يعمل به إلى يومك هذا» رواهابن ماجه. قال البخارى : وقال قيس بن مسلم عن أبى جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وآل عمـــر . قال : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا » .

وقال الشافعى : « ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبــد الله بن رواحة يتخرص بينه وبينهم ، ثم يقول : إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى » .

والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجره ليقــوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره ، إلا أن هذا التعريف على سعته يقتضى وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه ، فقيد الشافعى هــذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال ، فخص المساقاة فى قوله الجديد بالنخل والكروم وخصها داود بالنخل فقط ، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول ، وأجازها عبد الله ابن دينار فى البقول ، وجعلها أحمد فى الشجر والنخل والكرم .

(أما غريب الفصول) فقوله الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية اسبندار . والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد ، وسماه بالتخفيف وروى بالتشديد . وذكر ابن قتيبة فى كتاب عيون الأخبــار أن الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصفصاف .

اما الأحكام فقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع ، فأما السنة فقــد مضى حديث ابن عمر المتفق عليــه ، وأما الإجمــاع فقد قال أبــو جعفر محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهـم : « عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان . أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون

فى مدة خلافتهم » واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فان عبد الله بن عمر الذى روى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال : « كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع .

(قلت) هذا الكلام فيه نظر ، لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على مخالفة الإجماع ، ولا حديث ابن عمر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده ، ثم من بعدهم ، فكيف يتصور نهى الرسول عن شىء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك فى عهد الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم ؟ .

قال ابن قدامة : فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع وعلى أنه قد روى فى تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا، فروى البخارى بإسناده قال : « كنا نكرى الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض ، فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وروى تفسيره أيضاً بشىء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً .

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال : رافع روى عنه فى هذا ضروب قال الأثرم : كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس : إن أعلمهم ـ يعنى ابن عباس ـ أخبر أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال (لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوماً) متفق عليه .

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبى صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعد بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر

إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التى فسرهـا رافع فى حديثه . وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط فى روايته والمعنى يدل عليه . فإن كثيراً مـن أصـحاب النخيـل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه .

وقال الماوردى فى الحاوى : والمساقاة فى تسميتها ثلاثة تأويلات (أحدها) أنها سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما تشرب بساق (والثانى) أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمى سقيا فاشتقوا اسم المساقاة منـه (والثالث) أنها سميت بذلك بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقى فاشتق اسمها منه .

قال : والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين فى جوازها وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا حنيفة وحده دون سائر أصحابه ، تفرد بإبطالها ، وحكى عن النخعى كراهتها .

واستدل من نصر قول أبى حنيفة على إبطال المساقاة بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها ، وبين قلتها وكثرتها ، فكان الغرر فيها أعظم ، فاقتضى أن يكون بإبطال العقد أحق،ولأنه عقد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقودا ببعضها كالمخابرة ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كالبيع ، لأنه عمـل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كما لو استؤجر على عمل بثمرة هذه الثمار فى القابل والمساقاة إجارة على عمل جعلت الثمرة فيه أجرة والأجرة لا تصـح إلا أن تكون معينة أو ثابتة فى الذمة ، وما تثمره نخـل المساقاة غير معين ولا ثابت فى الذمة فوجب أن تكون باطلة ولأن ما امتنع من المساقاة فيما سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن .

فاذا ثبت ما ذكرنا فان المساقاة لا يصح فى الزروع لأنها كالمخابرة على الزروع وقد نهى عنها النبى صلى الله عليه وسلم لما رواه أحمد ومسلم عن جابر قال « كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصيب من

القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم « من كان له أرض فليزرعها وليحرثها أخاه وإلا فليدعها » واختلف قوله فى سائر الأشجار فأجازها فى قوله القديم فى التين والتفاح لأنها شجر مثمر فأشبه النخل إلا أنه قال فى الجديد : والمساقاة جائزة بما وصفت فى النخــل والكروم دون غيرهما ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالخرص وثمرها مجتمع بائن من شجره ، ولا حائل دونه يمنع إحاطه النظر إليه ، وثمر غيرهما متفرق بين أصناف ورق شجره ولا يحاط بالنظر إليــه .

وجملة الثمر من النبات مثمرا على ثلاثة أقسام ، قسم لا يختلف مذهب الشافعى فى جواز المساقاة عليه وهو النخل والكرم ، وقال داود : المساقاة جائزة فى النخل دون الكرم ، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها فى البعل من النخل وفى الكرم ، واختلف أصحابنا فى جواز المساقاة فى الكرم ، هل قال به الشافعى نصاً أو قياسا ، فقال بعضهم : بل قال به نصا وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى فى النخل والكرم وقال آخرون ــ وهو الأشبه : إنه قال به قياسا على النخل من وجهين ذكرهما ، أحدهما : لاشتراكهما فى وجوب الزكاة فيهما ، والثانى : بروز ثمرهما وإمكان خرصهما .

(والقسم الثانى) مالا يختلف مذهب الشافعى فى بطلان المساقاة فيه ، وهو المقاثى والمباطخ والباذنجان ويسميها الزراعيون النباتات الزاحفة وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض . وحكى عن مالك جوازها فى هــذا كله مالم يبد صلاحه .

(والقسم الثالث) ما كان شجرا وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز المساقاة عليه قولان ، أحدهما : وبه قال فى القديم وهو قول أبى ثور : إن المساقاة عليه جائزة ، ووجهه أنه لما اجتمع فى الأشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إجارتها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها ، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل ، ولأن المساقاة مشتقة مما يشرب بساق .

(والقول الثانى) وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصا بالنخل والكرم لما ذكره الشافعى من المعنيين فى الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر .

(أحدهما) اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار .

(والثانى) بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاة عليها صحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما تصح المخابرة فى البياض الذى بين النخل ويكون تبعا .

[فائدة] قولنا : النباتات الزاحفة : كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار ، والمتسلقة كالعنب والياسمين واللوف ، والنباتات الدرنية كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الأشجار الخشبية المثمرة الفواكه كالتفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة .

فوائد أصولية

انعقد إجماع الصحابة عن سيرة أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى مساقاة أهل خيبر بعد النبى صلى الله عليه وسلم اتباعا له إلى أن حدث من إجلائهم ما حدث ، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز إجارتها جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير فى القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين (أحدهما) ذكره أبو على بن أبى هريرة أن الأمة مجمعة على جواز القراض وما انعقد الإجماع عليه فلابد أن يكون حكمه مأخوذاً عن توقيف أو اجتهاد يرد إلى أصل ، وليس فى المضاربة توقيف نص عليه فلم يبق إلا توقيف اجتهاد أدى إلى إلحاقه بأصل ، وليس فى المضاربة فى الشرع أصل ترد إليه إلا المساقاة ، وإذا كانت المساقاة أصلا لفرع مجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه (والثانى) ذكره أبو حامد

الإسفرايينى وهو أنه لما جازت المضاربة إجماعا وكانت عملا على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عوض على عمل معتاد من ثمرة نمائية . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تجوز الا على شجر معلوم ؛ وان قال : ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره ؟ فيه طريقان (أحدهما) : أنه على قولين كالبيع (والثانى) : أنه لا يصح قولا واحدا لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز ان يضاف اليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع .

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لأنه عقد لازم ، فان جوزناه مطلقا استبد العامل بالأصل فصار كالمالك ، ولا تجوز على أقل من مدة توجد فيها الثمرة ، فان ساقاه على النخل أو على الودى الى مدة لا تحمل لم يصح ، لأن المقصود أن يشتركا فى الثمرة ؛ وذلك لا يوجد ؛ فان عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يستحق ، وهو قول المزنى ، لأنه رضى أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع فى غير المساقاة .

(والثانى) أنه يستحق ، وهو قول ابى العباس ، لأن العمل فى المساقاة يقتضى العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء فى النكاح ، وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها تصح لأنه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة ، فاشبه اذا ساقاه الى مدة توجد الثمرة فيها فى الغالب .

(والثانى) أنها لا تصح وهو قول ابى اسحاق لأنه عقد على عوض غير موجود ، ولا الظاهر وجوده ، فلم يصح ، كما لو اسلم فى معدوم الى محل لا يوجد فى الغالب ، فعلى هذا ان عمل استحق اجرة المثل ، لأنه لم يرض ان يعمل من غير ربح ، ولم يسلم له الربح ، فرجع الى بدل عمله .

واختلف قوله فى أكثر مدة الاجارة والمساقاة ، فقال فى موضع : سنة ، وقال فى موضع : يجوز ما شاء ، وقال فى موضع : يجوز ثلاثين سنة ، فمن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة اقوال .

(أحدها) لا تجوز بأكثر من سنة ، لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة ، ولا تدعو الحاجة الى أكثر من سنة ، لأن منافع الأعيان تتكامل فى سنة .

(الثانى) تجوز ما بقيت العين ؛ لأن كل عقد جاز الى سنة جاز الى أكثر منها ، كالكتابة والبيع الى أجل .

(والثالث) أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ؛ لأن الثلاثين شطر العمر ، ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك ، ومنهم من قال : هى على القولين الأولين ، وأما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التكثير ، لا على سبيل التحديد ، وهو الصحيح .

فان ساقاه الى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ، لأن شهور السنة لا تختلف منافعها ، وأن ساقاه الى سنتين ففيه قولان :

(أحدهما) : لا يجب ذكر كل سنة ، كما اذا اشترى أعيانا بثمن واحد ، لم يجب ذكر قسط كل عين منها .

(والثانى) : يجب ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فاذا لم يذكر قسط كل سنة ، لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الاجارة ، فأما فى المساقاة فانه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض ، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف فى العادة باختلاف السنين .

(فصل) واذا ساقاه الى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة ، فلم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد. وان أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع أو بلح ، تعلق بها حق العامل ، لأنها حدثت قبل انقضاء المدة) .

الشرح قال الشافعى : فاذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهى المساقاة التى ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(قلت) إذا تقرر هذا ، فان المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة ، والفرق بينهما أن نماء النخل فى المساقاة متأخر عن العمل ، فكان فى ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل ، ونماء المال فى المضاربة متصل بالبيع فلم يكن فى ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازما فى المساقاة وجائزاً فى المضاربة ، وإذا كان كذلك فان صحة العقد فيها متعتبرة بأربعة شروط :

(أحدها) أن يكون النخل معلوما (ثانيها) أن يكون نصيب العامل معلوما (ثالثها) أن تكون المدة لهما معلومة (رابعها) أن تعقد بلفظ المساقاة.

فقولنا : أن تكون النخل معلومة ، فان كانت مجهولة بأن قال : ساقيتك أحد حوائطي أو على مال يثبت من نخلي كان باطلا ، لأن النخل أصل فى العقد فبطل بالجهالة كالبيع ، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه ، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع ، وذهب آخرون منهم ـ وهو الأصح ـ إلى فساد العقد قولا واحداً .

وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرى بالغرر ، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية ، جرى على احتماله فصح فيه ، وعقد المساقاة غرر . فاذا دخل عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه ، وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد ـ فإن كانت عند عقد المساقاة مثمرة ـ فقد قال المزنى : إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز . وإن كان بعده لم يجز .

وقال أبو ثور : إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز ، وإن لم تحتج لم يجز . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت تزيد جاز ، وإن لم تزد لم يجز. أما الشافعي فقد حكى عنه فى الإملاء جوازه من غير تفصيل ، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوارها بالمعلومة أولى ، ولعل هذا على قوله فى الأم : إنه أجير ، والمشهور من مذهبه والأصلح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال . وقد حكى البويطى ذلك عنه نصاً كما أشار إليه الماوردى ، لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً فى حدوث الثمرة ، كما أن لعامل المضاربة تأثيرا فى حصول الربح . ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق ، كذلك المساقاة ، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما تحدث من ثمرة العام المقبل لم يجزه لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحا لثمرة قائمة من غير بدل .

فرع فاذا ثبت أن المساقاة عقد لازم فانها لا تجوز إلا على مدة معلومة وهذا الشرط هو أحد الشروط الأربعة أن يكون النخل معلوماً ، وأن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوما مدة تكون لهما معلومة . وأن

يعقد بلفظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث : يجوز إطلاقها من غير تقدير بمدة محددة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقدر لأهل خيبر مدة .

وقال أبو ثور : إن قدر مدة لزمت إلى انقضائها . وإن لم يقدر مدة صحت وكانت على سنة واحد ؛ وكلا القولين خطأ عندنا ، فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل ، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التى قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوعا متناهياً ، فان تأخر طلوعها فيها بحادث أطلعت بعد تقضيها فعلى الأصح من المذهب فى أن العامل شريك تكون بينهما ، وإن انقضت المدة ؛ وإن استحق الثمرة إلا فيما اختص بالثمرة من تأبير وتلقيح ان قيل بأن العامل أجير فلا حق له فى الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل ، ولا يستهلك عمله بغير بدل فيحكم له حينئذ بأجرة المثل ، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعى : تجوز المساقاة سنين .

(قلت) فاذا عرفنا أن أقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل فإن أقصاها ، كما حكى الماوردى أنها كالإجارة ، وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعى فى أكثر مدة الإجارة على قولين : (أحدهما) لا يجوز إلا سنة واحدة لزيادة الغرر فيما زاد على السنة . (والقول الثانى) يجوز سنين كثيرة .

قال الشافعى : يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حدا لأكبر كثير المدة اعتبارا بظاهر كلامه . وذهب سائرهم — وهو الصحيح — إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدة ، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التكثير (والثانى) أنه محمول على مالا يبقى أكثر من ثلاثين سنة .

فعلى هذا تجوز الإجارة سنين كثيرة . فهل ذكر أجرة كل سنة لازم فيها ؟ على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها (والثانى) لا يلزم .

فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة كما

لا تجوز الإجارة أكثر من سنة (والثانى) تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل إليها كما تجوز الإجارة سنين كثيرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا تجوز الا على جزء معلوم ، فان ساقاه على جزء مقـــدر كالنصف والثلث جاز ، لحديث ابن عمر ، فان عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح ، لأن ذلك يقع على القليل والكثير ، فيعظم الفرر . وان ساقاه على صاع معلوم لم يصح ، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيســـتضر العامل ، وربما لا يحصل الا ذلك فيستضر رب النخل ، وان ساقاه على ان له ثمر نخلات بعينها ، لم يصح ، لأنه قد لا تحمــل تلك النخـلات فيستضر العامل ، أو لا يحمل الا هى فيستضر رب النخل . وان ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة لم يصح ، لأنه شرط عليه بعد حقـه عملا لا يستحق عليه عوضا ، وان شرط له ثمـرة الســنة العاشرة ، ففيــه وجهان :

(أحدهما) انه يصح كما يصح أن يعمل فى جميع السنة ، وان كانت الثمرة فى بعضها .

(والثانى) لا يصح لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها ، ولا يستحق شـيئا من ثمرها .

فصـــل ولا يصح الا على عمل معلوم فان قال : ان سقيته بالســيح ، فلك الثلث ، وان سقيته بالناضح ، فلك النصف ، لم يصـــح لانه عقـد على مجهول .

فصـــل وتنعقد بلفظ المساقاة لأنه موضوع له وتنعقد بما يؤدى معناه ، لأن القصد منه المعنى ، فصح بما دل عليه ، فان قال : اســتأجرتك لتعمـل فيه على نصف ثمرته لم تصح ، لأنه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر ، فلم تصح) .

الشرح حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر ، وقد مضى تخريجــه وبيان طــرقه وكذلك من رجــوع ابن عمر عنه .

أما اللغات فالسيح هو المـاء الجارى ويسميه الفــلاحون فى مصر

(الرى بالراحة) وهو ما لا يحتاج إلى شد بالشواديف والسواقى وإنما يرفع الماء عن جداوله إلى سطح الأرض فيفتح له الفلاح فتحة فيسيح إلى الحقل سيحانا أى ينساب إليها ويغمرها .

اما الأحكام فقد قال الشافعي : ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم .

قلت : وجملة ذلك أنه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة ، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها ، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها ، ولا يكفيه إلا أكثرها .

فإن قيل : فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة ؟ قيل : لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها .

فرع قال الشافعي : فإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز قال الماوردي : وهذا صحيح لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل ، فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها وأفضى إلا أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه ، لأنه قد يجوز ألا تحمل تلك النخلات فينصرف العامل بغير شيء ، ويجوز ألا تحمل غير تلك النخلات فينصرف رب المال بغير شيء فلذلك بطل اهـ .

فرع وتحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم أحد شروط عقد المساقاة ، على أن يكون شائعاً فى الثمرة غير معين من نصف أو ربع أو ثلث أو عشر قل ذلك الجزء أو كثر . فان جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم له الحاكم لم يجز للجهل به ، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة وأنه ربما كان جميعها أو سهما يسيراً منها .

فلو قال : قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبى العباس بن سريج جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين

بالسوية حملا لهما على عرف الناس فى المساقاة وتسويته بينها فى الثمرة . وقد خطأ الماوردى هذا لأن ترك ذكر العوض فى العقد لا يقتضى حمله على معهود الناس عرفا كالبيع والإجارة مع أن العرف مختلف .

فاذا قال : عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبى العباس لأنه ليس للمعاملة عنده عرف .

فلو قال : ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علما قدر ذلك جاز ، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز ، ويجوز أن يكون النصيب مختلفا فيكون فى السنة الأولى النصف والثانية الثلث ، والثالثة الربع ، ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل فى كل عام حتى يتساوى نصيبه فى جميع الأعوام،وهذا خطأ ، لأن ما جاز أن يكون العوض فى أحواله متفقا جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والإجارة ، فاذا علم نصيب العامل ورب المال فمذهب الشافعى أن العامل شريك فى الثمرة بقدر حصته .

وقد خرج قول آخر أنه أجير كالمضاربة ، ويخص رب المال تحمل الزكاة دون العامل ، والأصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصة كل واحد منهما نصاباً ، ففى وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين فى الخلطة فى غير المواشى هل يكون كالخلطة فى المواشى ، وقد مضى فى الزكاة مزيد فائدة فراجعه .

فرع الشرط الرابع من شروط عقدها بلفظ (ساقيتك) لينتفى الاحتمال عنها فإن عقداه بلفظ الإجارة فيها لا تصح ، فإذا عقدا بلفظ الإجارة انصرف إلى الإجارة فبطل ، وإن لم يعقداه بواحدة من اللفظين وقال : عاملتك عليها بالعمل فيها على الشرط من ثمرها ففيه وجهان .

(أحدهما) أن العقد صحيح لأن هكذا يكون عقد المساقاة (والثانى) أن العقد باطل لأن هذا من أحكام العقد ، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فى البيع على ما فصله واستقصاه مجيداً سلفنا السبكى فى التكملة الأولى إذا عقد بلفظ التمليك .

فــرع في مذاهب العلماء .

مذهبنا أن المساقاة لا تجوز إلا في النخيل والكرم ، لأن الزكاة تجب في ثمرتهما وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه ، لأن الزكاة لا تجب في نمائه فأشبه مالا ثمرة له (والثاني) تجـوز وهــو قوله في القديم وقال أبو حنيفة وزفر : لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه ، ولا تجوز المساقاة في البقول بالإجماع وقال مالك وأحمد والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور : المساقاة جائزة في جميـع الشجر المثمر ، قال ابن قدامة في المغني : وهو قول الخلفاء الراشـدين وابن المسيب وسـالم ابن عبد الله وقال داود : لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد فيها .

ولنا على أبي حنيفة وزفر في قولهم : إنها إجارة : أنه عقد على العمـل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة ، وينكر ما ذكراه بالمضاربة فانه يعمـل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالإجماع ، وهذا في معنـاه ، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجـارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه . فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه .

فــرع وتصح المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو عاملتك وفالحتك ولا يصح أن يقول : استأجرك لتعمل على نصف ثمرته ، لأنه عقـد إجارة بعوض مجهول القدر فلم يصح ، وهو أحد الوجهين عند أصـحاب أحمد ذكره أبو الخطاب (والثاني) يصـح وهــو المذهب عنـدهم قال ابن قدامة : وهو الأقيس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه اذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه ، وفي خيار المجلس وجهان :

(احدهما) يثبت فيه لأنه عقد لازم يقصد به المال ، فيثبت فيه خيار المجلس ، كالبيع .

(والثانى) لا يثبت ، لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض فى المجلس ، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع .

(فصل) واذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لأن النماء متأخر عن العمل ، فلو قلنا : انه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ، ولا تحصل له الثمرة .

فصل وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد فى الثمرة من التلقيح ، وصرف الجريد ، وأصلاح الأجاجين ، وتنقية السواقى ، والسقى وقلع الحشيش المضر بالنخل ، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان ، ونصب الدولاب ، وشراء الثيران ، لأن ذلك يراد لحفظ الأصل ، ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله .

واختلف أصحابنا فى الجذاذ واللقاط ، فمنهم من قال : لا يلزم العامل ذلك ، لأن ذلك يحتاج اليه بعد تكامل النماء ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه لا تستغنى عنه الثمرة .

فصل وان شرط العامل فى القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ، فاذا لم يجز شرط المال على العامل ، لم يجز شرط العمل على رب المال . وان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فقد نص فى المساقاة أنه يجوز . واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه ، فمنهم من قال : لا يجوز فيهما لأن عمل الغلمان كعمل رب المال ، فاذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه ، وحمل قوله فى المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره .

(والثانى) يجوز فيهما ، لأن غلمانه ماله ؛ فجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع ، بخلاف رب المال فانه مالك ، فلا يجوز ان يجعل تابعاً لماله .

(والثالث) انه يجوز فى المساقاة ولا يجوز فى القراض ، لأن فى المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه وليس فى القراض ما يلزم رب المال ، فلم يجز شرط غلمانه . فاذا قلنا : انه يجوز ، لم يصح ، حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف ، ويجب ان يكون الغلمان تحت أمر العامل ، وأما نفقتهم فانه ان شرط على العامل جاز ، لأن بعملهم ينحفظ الأصل ، وتزكو الثمرة ؛ وأن لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) أنها على العامل ، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه.

(والثانى) أنها على رب المال ، لأنه شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه .

(والثالث) أنها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) واذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من اصحابنا من قال : هى على القولين فى العامل فى القراض (أحدهما) تملك بالظهور (والثانى) بالتسليم ومنهم من قال فى المساقاة : تملك بالظهور قولا واحداً ، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور ، والربح جعل وقاية لرأس المال ، فلم يملك بالظهور فى أحد القولين .

(فصــــل) والعامل أمين فيما يدعى من هلاك ، وفيما يدعى عليه من خيانة ، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله ، فان ثبتت خيانته ، ضــم اليه من يشرف عليه ولا تزال يده ، لأن العمل مستحق عليه ، ويمكن استيفاؤه منه ، فوجب ان يستوفى ، وان لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه، لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره .

(فصــــل) وان هرب رفع الأمر الى الحاكم ليستاجر من ماله من يعمل عنه ، فان لم يكن مال ، اقترض عليه ـ فان لم يجد من يقرضه ـ فلرب النخل أن يفسخ ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ ، كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع ، فان فسخ ـ نظرت فان لم تظهر الثمرة ـ فهى لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها ، وللعامل أجرة ما عمل ، وان ظهرت الثمرة فهى بينهما ، فان عمل فيه رب النخل او استاجر من عمل فيــــه بغير اذن الحاكم لم يرجع ، لأنه متبرع ، وان لم يقدر على اذن الحاكم فان لم يشهد لم يرجع ، لأنه متبرع ، وان أشهد ففيه وجهان .

(احدهما) يرجع لأنه موضع ضرورة .

(والثانى) لا يرجع لأنه يصير حاكما لنفسه على غيره ، وهذا لا يجــــوز لا لضروة ولا لغيرها .

(فصــــل) وان مات العامل قبل الفراغ فان تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وان لم يعمل ـ فان كان له تركة ـ استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة ، فوجب أن يستوفى ، كما لو كان عليه دين وله تركة ، وان لم تكن له تــركة لم يلزم الوارث العمــل ، لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث ، كالدين . ولا يقترض عليه لأنه لا ذمة له ولرب

النخل أن يفسخ ، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه ، فان فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه فى العامل اذا هرب .

فصـــل وان ساقى رجلا على نخل على النصف ، فعمل فيه العـــامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة ، لأنه عمل بعوض ، ولم يسلم له العوض ، فرجع ببدل عمله ، فان كانت الثمرة باقية أخذها المالك ، فان تلفت رجع بالبدل ، فان أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع ، وان أراد أن يضمن العامل ، ففيـــــه وجهان :

(أحدهما) يضمنه الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمنه ، كالعامل فى القراض فى المال المغصوب .

(والثانى) لا يضمن الا النصف لأنه لم يحصل فى يده الا ما اخذه بالقسمة وهو النصف ، فأما النصف الآخر فانه لم يكن فى يده ، لأنه لو كان فى يده لزمه حفظه ، كما يلزم العامل فى القراض .

(فصـــل) اذا اختلف العامل ورب النخل فى العوض المشروط ، فقال العامل : شرطت لى النصف ، وقال رب النخل : شرطت لك الثلث ، تحالفا ، لأنهما متعاقدان اختلفا فى العوض المشروط ولا بينة ، فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن . وبالله التوفيق .

الشرح الأحكام إذا ظهرت الثمرة ففى استحقاق العامل حصته طريقان ، من أصحابنا من قال : هى على القولين (أحدهما) يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها ، فلو أتلفت كلها إلا واحـــدة ، كانت بينهمـــا (والثانى) يملكه بالتسليم ومن أصحابنا من قال : يملك العامل حصته بالظهور قولا واحداً وهو قول أحمد وأصحابه .

ذلك لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كســـائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القســـمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصـــول .

وأما القراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كمسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه ، وهذا ليس بوقاية لشيء ، ولذلك لو تلفت الأصـــول كلها كانت الثمرة بينهما .

اذا ثبت هذا فانه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصاباً ، وبه قال أحمد ونص عليه فى المزارعة . وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر فى غير المواشى فى الصحيح .

فـــرع وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمى فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا قال أحمد ومالك . وقال الليث : إن كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة فى الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقى .

ولنا أن النصرانى لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد أخرج أبو داود فى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكى تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق قال جابر :خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق .

فـــرع والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك ، وما يدعى عليه من خيانة ، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فان اتهم حلف ، فان ثبتت خيانته باقرار أو بينة أو نكوله ضم إليه من مشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال أحمد ، وقال أصحاب مالك : لا يقام غيره مقامه ، بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة دليلنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ، ولا يوثق منه بفعلها ، ولا نقول : إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت فى حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة ، فانه لا ضرر على رب المال ، وها هنا يفوت ماله .

فــرع إذا عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر فى بقاء يده عليــه ، وإن عجــز بالكلية أقام مقامه من يعمل ، والأجرة عليه فى الموضعين ، لأن عليــه توفية العمل وهذا من توفيته .

فـــرع وإن اختلفا فى الجزء المشروط للعامل تخالفا ، وكذلك إن اختلفا تناولته المساقاة من الشجر وقال أحمــد وأصحابه ذكره ابن حامد : القول قول رب المال ، وقال مالك : القول قول العامل إذا ما اختلفا ، لأنه أقوى سبباً لتسلمه للحائط والعمل .

فـــرع وإن هرب العامل فلرب المال رفع الأمر للحاكم ليعين بدله ، فان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتاج إلى بيع الجميع . وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ للزومها ، ويستأذن الحاكم فى الإنفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع رجع بمــا أنفق ، فى أحــد الوجهين ، لأنه مضطر وبه قال أحمد وأصحابه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعــل ، وإن لم يمكنه ووجد مــن يعمل له بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل ، فان لم يجد فلرب المال الفسخ ، أما الميت فلا يقترض عليه لخراب ذمته وقال أحمــد : إن هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز .

فــرع إذا مات العامل استأجر الحاكم من التركة مــن يعمــل العمل ، فإن لم تكن له تركة وتعذر عليه الاستئجار منها فلرب المال الفسخ ؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبــل قبضه ، وبقية أحكامه أحكام الهارب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب المزارعة

لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه ، لما روى سليم بن بشار أن رافع ابن خديج قال : « كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً ، وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وانفع ، قلنا : وما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » .

فأما اذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقى الأرض الا بسقيها – نظرت فان كان النخيل كثيراً والبياض قليلا – جاز أن تساقيه على النخل ، وتزارعه على الأرض ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع » فان عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة ، لأنها انما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ، ولا حاجة قبل المساقاة ، وان عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه اذا قدمت .

(والثانى) تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة ، وان عقدها مع المساقاة وسوى بينهما فى العوض ، جاز « لأن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع » فان فاضل بينهما فى العوض ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان ، فجاز أن يفاضل بينهما فى العوض .

(والثانى) لا يجوز لأنهما اذا تفاضلا تميزا ، فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر ، فان كان النخل قليلا والبياض كثيراً ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه لا يمكن سقى النخل الا بسقى الأرض ، فأشبه الكثير .

(والثانى) لا يجوز لأن البياض أكثر ، فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعاً للأقل) .

الشرح حديث رافع بن خديج رواه البخارى ومسلم بلفظ « كنا

أكثر الأنصار حقلا فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك . فأما الورق فلم ينهنا » وفى لفظ للبخارى « كنا أكثر أهل الأرض مزدرعا ، كنا نكرى الأرض بالناحية منها لسيد الأرض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وفى لفظ عند مسلم وأبى داود والنسائى « إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شىء معلوم مضمون فلا بأس به .

وفى رواية عند أحمد والبخارى والنسائى عن رافع قال « حدثنى عماى أنهما كانا يكريان الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأربعاء وبشىء يستثنيه صاحب الأرض قال : فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك » وفى رواية عند أحمد « إن الناس كانوا يكرون المزارع فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم بالماذيانات وما يسقى الربيع وشىء من التبن فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم كرى المزارع بهذا ونهى عنها » .

أما اللغات فالماذيانات : حكى القاضى عياض عن بعض الرواة فتح الذال فى غير صحيح مسلم ، وهى ما ينبت عل حافة النهر ومسايل الماء ، وليست عربية لكنها سوادية ، وهى فى الأصل مسايل المياه فتسمية النابت عليها باسمها ، كما وقع فى بعض الروايات يؤاجرون على الماذيانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة المحلية والأربعاء جمع ربع وهو النهر الصغير كنبى وأنبياء .

أما الأحكام فقد حكى فى الفتح الحافظ ابن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المفضى إلى الغرر والجهالة ، لا عن إكرائها مطلقاً حتى بالذهب والفضة قال : ثم اختلف الجمهور فى جواز إكرائها بجزء مما يخرج منها فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال : ومن لم يجز

إجارتها بجزء مما يخرج قال : النهى عن كرائها محمول على ما إذا اشترط صاحب الأرض ناحية منها أو شرط ما ينبت على النهر لصاحب الأرض لما فى كل ذلك من الغرر والجهالة .

وفى رواية رافع عند البخارى أنه قال : ليس بها بأس بالدينار والدرهم ، قال ابن حجر : يحتمل أن يكون رافع قال ذلك باجتهاده ، ويحتمل أن يكون علم ذلك بطريق التنصيص على جوازه أو علم أن النهى عن كرى الأرض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشيء مجهول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضة ويرجع كونه مرفوعا بما أخرجه أبو داود والنسائى بإسناد صحيح عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال : إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض ورجل منح أرضا ، ورجل اكترى أرضا بذهب أو فضة » لكن بين النسائى من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقلة والمزابنة وأن بقيته مدرج من كلام سعيد بن المسيب .

وقد أخرج أبو داود والنسائى ما هو أظهر فى الدلالة على الرفع من هذا ، وهو حديث سعد بن أبى وقاص « إن صحاب المزارع فى زمن النبى ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقى وما صعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا فى بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك وقال : اكروا بالذهب والفضة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائى وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الأحاديث الواردة فى النهى عن المخابرة التى فعلها النبى صلى الله عليه وسلم فى خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة ، ويؤيد هذا تصريح رافع فى هذا الحديث بجواز المزارعة على شيء معلوم مضمون ، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد بن حضير قال « كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر إليه أعطاها بالنصف والثلث والربع ، ويشترط ثلاثة جداول ، والقصارة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ، ويصيب منها منفعة فأتانا رافع ابن خديج فقال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لكم نافعا ، وطاعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم نهاكم عن الحقل » رواه أحمد وابن ماجه .

والقصارة بقية الحب فى السنبل بعد ما يداس . نعم لا يشكل هذا الحديث لأن مجموع ما فى الحديث غير المخابرة التى أجازها صلى الله عليه وسلم وفعلها فى خيبر ، نعم حديث رافع عند أبى داود والنسائى وابن ماجه « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى » .

وكذلك حديثه أيضا عند أبى داود باسناد فيه بكر بن عامر البجلى الكوفى وهو فيه مقال قال « إنه زرع أرضا فمر به النبى صلى الله عليه وسلم يسقيها فسأله : لمن الزرع ؟ ولمن الأرض ؟ فقال : زرعى ببذرى وعملى ولى الشطر ولبنى فلان الشطر فقال أربيتما ، فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك » .

ومثله حديث زيد بن ثابت عند أبى داود قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت : وما المخابرة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع) فيها دليل على المنع من المخابرة بجزء معلوم ، ومثل هذه الاحاديث ، حديث أسيد على فرض أنه نهى على المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد ولكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم فى خيبر وهو مستمر على ذلك إلى موته وتقريره لجماعة من الصحابة عليه ولا سبيل إلى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهى منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهى عنه فى أثناء مدة معاملته ، ورجوع جماعة من الصحابة إلى رواية من روى النهى ، والجمع ما أمكن هو الواجب .

قال الشوكانى : النهى يحمل على معناه المجازى وهو الكراهة قال الشافعى أخبرنا سفيان بن عيينة قال . سمعت عمرو بن دينار يقول : سمعت ابن عمر يقول كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركناها لقول رافع .

فـــرع قال ابن دقيق العيد فى كتابه شرح عمدة الاحكام فى حديث رافع بن خديج : فيه دليل على جواز كراء الارض بالذهب والورق وقد جاءت أحاديث مطلقة فى النهى عن كرائها ، وهـذا مفسر لذلك الإطلاق ، وفيه دليل على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة شيئا غير معلوم المقدار عند العقد لما فيه من الإجارة على ما ذكر فى الحديث مـن منع الكراء على الماذيانات إلى آخره فانه قد دل على أن الجهالة لم تغتفر .

قال الشافعى : والمخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها فدلت سنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم فى نهيه عن المخابرة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء ، وذلك أن المزارع يقبض الأرض بيضاء لا أصل فيها ولا زرع ثم يستحدث فيها زرعا ، والزرع ليس بأصل والذى هو فى معنى المزارعة الإجارة ، ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً إلا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة .

ثم قال الشافعى بعد أن جوز كراء الأرض بالذهب والفضة : وإذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهرانى النخـل على المعاملة ، وكان ما بين ظهرانى النخـل ومنافعها من الجريد والكرانيف ، وإن كان الزرع منفرداً عن النخـل له طريق يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ريا للنخل ولا شرب للنخل ريا له لم تحل المعاملة عليـه ، وجازت إجارته ، وذلك أنه فى حكم المزارعة لا حكم المعاملة على الأصـل ، وسواء قل البياض فى ذلك أو كثر اهـ .

ومن هنا نرى الإمام الشافعى يجيز المزارعة فى بياض النخل تبعاً للمساقاة، وقد قال فى المساقاة : وإذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المسـاقاة كما تجوز فى الأصـل ، وإن كان منفرداً عن النخل له طريق غيره لم تجـز فيه المساقاة ولم تصح إلا أن يكترى كراء ، وسـواء قليل ذلك وكثيره ولا حد فيه إلا ما وصفت اهـ .

وقال الماوردى : واذا كانت المخابرة هى استكراء الأرض لزراعتها ببعض

ما يخرج منها فهي على ضربين (ضرب) أجمع الفقهاء على فساده ، وضرب اختلفوا فيه ، فأما الضرب الذى أجمعوا على فساده فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول : قلم زارعتك على هذه الأرض على ما نبت من الماذيانات كان لى ، وما نبت على السواقى والجداول كان لك أو على أن ما سقى بالسماء فهو لى وما سقى بالرشا فهو لك ، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فساده لرواية سعيد ابن المسيب عن سعد بن أبى وقاص ثم ساق الحديث (وأما الضرب الثانى) الذى اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله ، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هى المخابرة ، والمزارعة التى اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض ، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن جبير وعكرمة ومن الفقهاء الشافعى ومالك وأبو حنيفة .

(والمذهب الثانى) أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض وبه قال من الصحابة على بن أبى طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبى وقاص ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، ومن الفقهاء سفيان الثورى وأبو يوسف ومحمد (والمذهب الثالث) : أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز . وإن شرطه على الزارع جاز وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ، واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع ، وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس « يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال : يا عمرو أخبرنى

أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً » .

والدليل على فسادها ما رواه الشافعى عن ابن عمر ، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال « كنا نخابر إلى أن قال صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكار بها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى » وروى أبو خيثم عن أبى الزبير عن جابر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله » ولأن الأصول التى تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها ، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقين فى صحة المخابرة وفسادها ، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الامصار مع الضرورة الماسة إليها ، وكان ما عرضها محتملا أن يكون جاريا على ما فسره زيد بن ثابت ، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فساده مع شهادة الأصول لها فى المساقاة والمضاربة؛ ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيدين والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهى أن الأصل هو التغلب على أسباب الغبن والغرر ؛ ثم إن ما منيت به البشرية من بلشفية ملحدة قتلت الحوافز ، وكفت الإرادة ، وجعلت من الإنسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة .

فرع فى عرض مذاهب العلماء فى المزارعة

قال البخارى : قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وابن سيرين وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهرى وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد .

قال البخارى : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر . وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعى وأبو حنيفة ، وروى عن ابن عباس الأمران جميعاً . وأجازها الشافعى فى الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها فى الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وقد مضى فى الفصول السابقة .

فـــرع فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجز فيه خيار الثلاث ، واختلف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين كالإجارة ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان ، لأنه عقد غير مضمون ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه ، فان لم يعمل فى النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمر إن قيل : إنه شريك ، ولا شىء له فيها إن قيل : إنه أجير ، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد ، فان أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالإجارة ، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة ، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها أن تصرف العامل فى المضاربة تصرف فى حق رب المال لأن العقد ليس بلازم فلم يملك الافتيات عليه فى تصرفه ، وتصرف العامل فى المساقاة تصرف فى حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة فى تصرفه .

فـــرع قال الشافعى : وكل ما كان مستزادا فى الثمرة من إصلاح للثمار وطريق الماء وتصريف الجريد . وآبار النخل وقطع الحشيش الذى يضر بالنخل أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة ، وأما سد الحظار فليس فيه مستزاد لإصلاح فى الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقى ، فان قال : فان كان أصلح للنخل أن يسد الحظار ــ بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة ككتاب بعدها ظاء معجمة ، الحائط ــ فكذلك أصلح لها أن يبنى عليها حظار لم يكن ، وهو لا يجيزه فى المساقاة ، وليس هذا الإصلاح من الاستزادة فى شىء من النخل إنما هو دفع الداخل ، قلت : والعمل المشروط فى المساقاة على أربعة أنواع .

(أولا) ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل .

(ثانيا) ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة .

(ثالثا)ما يعود نفعه على النخل والثمرة .

(رابعا) ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل .

فالأول مثل الإبار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً أو جدادها تمراً . فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(أولها) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تصلح الثمـرة إلا به كالتلقيح والإبار .

(ثانيها) ما لا يجب عليه فعله إلا بالشرط ، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة ، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد وتدلية الثمرة .

(ثالثها) ما هو مختلف فيه ، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعدمه .

(والثانى) أنه واجب على العامل بغـير شرط ، لأن الثمرة لا تستغنى عنه ، وإن تكاملت قبله .

(وأما النوع الثانى) وهو ما يعود على النخل دون الثمرة ، فمثل سد الحظار وحفر الآبار وشق السواقى ورفع مياه الأنهار ، فكل هذا ممـا يعود نفعه على النخل دون الثمرة ، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل . وكذا ما شاكله من عمل الدواليب وإصلاح الزرانيق ، فإن شرط رب المال على العامل شـيئا مما ذكرنا كان الشرط باطلا ، والمسـاقاة فاسدة . وقال بعض أصحابنا : يبطل الشرط وتصح المساقاة حملا على الشروط الزائدة فى الرهن تبطل ولا تبطل معهـا الرهن فى أحـد القولين ، وقد خطأ جمهـور

فقهائنا هذا لأن عقـود المعاوضـات إذا تضـمنت شروطا فاسـدة بطلت كالشروط الفاسدة فى البيع والإجارة .

(والنوع الثالث) وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة ، فكالسقى والإبارة وقطع الحشيش المضر بالنخل إلى ما جرى هذا المجرى مما فيـه إصلاح النخل ومستزاد فى الثمرة مما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقى فيما لا يشرب بعروقه كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هـذا الفعل سواء ، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه : (أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقـد واشتراطه عليه تأكيداً لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة .

(والوجه الثانى) أنه واجب على رب النخل واشتراطه عليه مبطل للعقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة (والثالث) أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة ، ويجوز اشتراطه على رب النخـل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه ، فإن شرط على العامل لزمه ، وإن شرط على رب النخل لزمه ، وإن أغفل لم يلزم واحداً منهما ، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه ، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله .

(وأما النوع الرابع) وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة ، فهو كالاشتراط على العامل أن يبنى له قصراً أو يخدمه شهراً أو يسقى له زرعا تنافى العقد وتمنع من صحته ، لأنه لا تعلق لها به ولا تختص بشىء مـن مصلحته .

فـــرع قال الشافعى : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، والمساقون عمالها لا عامل للنبى صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم ، فإذا كان يجوز للمساقى أن يساقى نخلا على أن يعمل فيه عمـال الحائط ، لأن رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقاً ليسوا فى الحائط يعملون فيه لأن عمل من فيه وعمل من ليس فيه سواء ، وإن لم تجز إلا بأن يكون على الداخل فى المساقاة العمل كله لم يجز أن يعمل فى الحائط أحد من رقيقه ، وجواز

الأمرين من أشبه الأمور عندنا والله أعلم قال : ونفقة الرقيق على ما تشارطا عليه ، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم ، فإذا جاز أن يعملوا للمساقى بغير أجرة جاز أن يعملوا له بغير نفقة ا هـ .

فــرع ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يثبت فى المساقاة خيار الشرط وبهذا قال جمهور العلماء عند من يقول بلزوم العقد كالشافعية وعند من يقول بجوازه كالحنابلة ، لأنها إن كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ؛ وإن كانت لازمة فاذا فسخ لم يسكن المعقود عليه وهو العمل فيها .

وقال الحنابلة : وخيار المجلس لا يثبت إن كانت جائزة لما تقدم وإن كانت لازمة فعلى وجهين :

(أحدهما) لا يثبت لأنه عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط ويثبت فيه خيار المجلس كالنكاح .

(والثانى) يثبت لأنه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع .

فــــرع وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لأن عملهم كعمله ، فان يد الغلام كيد مولاه وبهذا قال أحمد وأصحابه إلا أبا الخطاب فانه قال : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه كشرط أن يعمل معه رب المال ، لأن عملهم كعمله ، فان يد الغلام كيد مولاه .

(والثانى) يجوز لأن غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبعاً لماله ، كثور الدولاب ، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها وأما رب المال فانه لا يجوز جعله تبعاً . وهذا قول الشافعى ومالك ومحمد ابن الحسن .

فان شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه ، فان أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهى على رب المال ؛ وبهذا قال أحمد وأصحابه ، وقال

مالك : نفقتهم على المساقي . ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال ، لأن العمل على المساقي فمؤنة من يعمل عليه كمؤنة غلمانه .

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره ، فان شرطها على العامل جاز ؛ ولا يشترط تقديرها ، وبه قال أحمد وأصحابه ، وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها ، لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الاجـارة

يجوز عقد الاجارة على المنافع المباحة ، والدليل عليه قوله تعالى ((فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)) (١) ، وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضى الله عنه قال : ((كنا نكرى الأرض بما على السواقى من الزرع ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق)) .

وروى أبو أمامة التيمى قال : (سألت ابن عمر فقلت : انا قوم نكرى فى هذا الوجه ، وان قوماً يزعمون أن لا حج لنا ، فقال ابن عمر : ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، ان رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألوننى عنه فلم يرد عليه حتى نزل ((ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم)) (٢) فتلاها عليه) وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ((احتجم وأعطى الحجام أجره)) ولأن الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الاجارة على المنافع .

(فصـــل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز أخـــذ العوض عليه كالميتة والدم .

(فصـــل) واختلف أصحابنا فى استئجار الكلب المعلم ، فمنهم من قال : يجوز لأن فيه منفعة مباحة ، فجاز استئجاره كالفهـد ، ومنهـم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأن اقتناءه لا يجوز الا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية ومالا يقوم غير الكلب فيه مقامه الا بمؤن ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ((من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان)) وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة ، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها .

فصـــل واختلفوا فى استئجار الفحل للضراب ، فمنهم من قال : يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالاعارة فجاز أن يستباح بالاجارة كسائر المنافع ، ومنهم

---

(١) سورة الطلاق : ٦

(٢) سورة البقرة : ١٩٨

من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن ثمن عسب الفحل » ولأن المقصود منه هو الماء الذى يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

فصـــل واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فمنهم من قال : يجوز ، لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع . ومنهم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد) .

الشرح حديث سعد بن أبى وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى . قال ابن حجر فى فتح البارى : رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومى لم يرو عنه إلا إبراهيم بن سعد .

وأما حديث أبى أمامة التيمى فأخرجه أحمد وغيره ، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من أحكام فى كتاب الحج . وأما حديث « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية » فقد أخرجه أحمد فى مسنده والبخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر . وأما حديث « النهى عن ثمن عسب الفحل » فقد رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود ، ورواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى بلفظ « نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان » .

وقال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح ، إلا أن إبراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب . وأخرجه أيضاً البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق فى مسنده وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع .

والأصل فى جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب فقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » « قالت إحداهما : يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إنى أريد أن أنكحك

إحـدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجـج فإن أتممت عشراً فمـن عندك » .

وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجـر نفسه ثمانى حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وقال تعالى « فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً » .

أما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط الديلى وكان خريتاً ـ وهو الخبير بمسالك الصحراء والوهاد العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة ـ ليكون هاديا ومرشداً لهما فى هجرتهما من مكة إلى المدينة .

وفى البخارى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجـره » والأحاديث فى هـذا كثيرة .

وأما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما روى عن عبد الرحمن الأصم الذى قيل فيه : إنه عن الحق أصم من أنه لا يجوز ذلك لأنه غرر ، لأنه يعقد على منافع لم تخلق ، ولـو تحقق ما يتصوره الأصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها لأنها كلها ـ وهى تستغرق مظاهر الحيـاة قديماً وحديثاً ـ قائمة على المؤاجرات والمعاوضات على المنافع كالمعاوضـات على الأعيـان سواء بسواء . بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً وأشمل مرفقا ، ولأن المنافع المتاحة أوسع آفاقا من الأعيان والعروض .

اذا ثبت هذا فإن الإجارة كالبيع تنعقد بأربعة : بمؤجـر ومسـتأجر ومؤاجر وأجرة . فالأول فهـو باذل المنفعة كالبائع ، والثـانى طالب المنفعة كالمشترى ، وكل من صح شراؤه صح استئجاره . والثالث فهو كل عين صح

الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعياناً كالنخل والشجر ، وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح إجارته كالدراهم والمأكول . لأن منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك ، ومنفعة المأكول بالاستهلاك كاستئجار الدراهم والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكيلا ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين .

(والوجه الثانى) لا يصح لأن هذا نادر من منافع ذلك ، والأغلب سواه ، فصار حكم الأغلب هو المغلب ، ولأن المنافع المضمونة بالاجارة هى المضمونة بالغصب ، ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب كنشر الثياب فوق الشجر فلم يصح أن تضمن بالاجارة . وهكذا كل ما كانت منافعها أعيانا من النخل والشجر ، لأن منافعها ثمار هى أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها ، فلم يصح العقد عليها قبله ، فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفى مع بقاء العين كالاستظلال بالشجر أو ربط ماشية إليها فذلك ضربان :

(أحدهما) أن يكون هذا غالبا فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الاجارة عليها .

(والثانى) أن يكون نادراً غير مقصود فى العرف ، فيكون على ما مضى من الوجهين .

ثم إن العقد وإن توجه إلى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لأن الأجرة فى مقابلتها وإنما توجه إلى العين لتعتبر المنفعة بها . وقال أبو إسحاق المروزى : العقد إنما تناول العين دون المنفعة ليستوفى من العين مقصوده من المنفعة ، لأن المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد إليها . وهذا خطأ ، ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة فى الذمة غير مضافة إلى عين ؟ كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا فى ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت

مجهولة لم تصح الاجارة ، كما لو كان المبيع مجهولا ، والعلم بها قد يكون من وجهين :

(أحدهما) تقدير العمل مع الجهل بالمدة (والثانى) تقدير المدة مع الجهل بقدر العمل ، وسيأتى تفصيلهما وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) واختلفوا فى الكافر اذا استأجر مسلما اجارة معينة ، فمنهم من قال : فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه . ومنهم من قال : يصح قولا واحداً لأن عليا كرم الله وجهه كأن يستقى الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة .

(فصــــل) ولا يصح الا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح الا من جائز التصرف فى المال كالبيع .

(فصــــل) وينعقد بلفظ الاجارة لأنه لفظ موضوع له ، وهل ينعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان :

(احدهما) ينعقد لأنه صنف من البيع ، ولانه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع ، فانعقد بلفظه .

(والثانى) لا ينعقد لأنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح .

فصــــل ويجوز على منفعة عين حاضرة ، مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين فى الذمة مثل أن يستأجر ظهراً فى الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكترى رجلا ليخيط له ثوبا أو يبنى له حائطا ، ويجوز على عمل فى الذمة ، مثل أن يكترى رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط ، لأنا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح فى عين حاضرة وموصوفة فى الذمة ، فكذلك الاجارة . وفى استئجار عين لم يرها قولان (أحدهما) لا يصح (والثانى) يصح ، ويثبت الخيار اذا رآها كما قلنا فى البيع .

(فصــــل) وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع ، لأنا بينا أنه بيع ، والبيع يصح فى المفرد والمشاع فكذلك الاجارة .

(فصــــل) ولا تجوز الا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، فان استأجر أرضا للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه ، كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر فى الجبل ، لأن المنفعة فى الاجارة كالعين فى البيع ،

فاذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها فان اكترى أرضا على نهر اذا زاد سقى ، واذا لم يزد لم يسـق ، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة ـ نظرت فان اكتراها بعد الزيادة ـ صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه ، فهو كبيع الطير فى القفص . وان كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر ؟ فلم يصح كبيع الطير فى الهواء ، وأن اكترى أرضا لا ماء لها ، ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة ، ففيه وجهان :

(أحدهما) : لا يصح لأن الأرض لا تكترى فى العادة الا للزراعة ، فصـار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة .

(والثانى) : ان كانت الأرض عالية لا يطمع فى سقيها ، صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكترها للزراعة .

وأن كانت مستفلة يطمع فى سقيها بسوق الماء اليها من موضع لم يصح ، لأنه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة ، فان اكترى أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت فى الماء ، كالحنطة والشعير ـ نظرت فان كان للماء مفيض اذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة ـ صح العقد ، لأنه يمكن زراعتهـا بفتح المفيض ، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب ، وان لم يكن له مفيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد ، لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما فى يد الغاصب ، فان كان يعلم أن المـاء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة فى الحال .

(والثانى) يصح وهو قول أبى اسحاق وهو الصحيح ، لأنه يعلم بالعادة أمكان الانتفاع به ، فان اكترى أرضا على ماء اذا زاد غرقت فاكتراها قبـل الزيادة صح العقد لأن الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد) .

الشرح خبر على رضى الله عنه رواه أحمد وجود الحافظ ابن حجر إسناده ولفظه « جعت مرة جوعا شديداً فخرجت لطلب العمل فى عـوالى المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بلة ، فقاطعتها كل ذنوب على تمرة ، فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداى ، ثم أتيتها فعدت لى ست عشرة تمرة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأكل معى منها » وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقى عن ابن عباس « أن عليا أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة » وعندهما أن كل عدد التمر سبع عشرة تمرة . وفى إسناده حنش راويه عن عكرمة وهو ضعيف .

وقوله « ذنوبا » الدلو مطلقا أو التى فيها ماء أو الممتلئة أو غير الممتلئة وكلها فى القاموس وقوله « مجلت » بكسر الجيم أى غلظت وتنفطت وقد أمجلها العمل أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء ، أو المجلة جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء من أثر العمل .

اما الأحكام فإن هذا الخبر يدل دلالة يعجز القلم عن استقصاء ما توحى به ، من بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشدة الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتعاب البدن فى تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المؤن ، وإن تأجير النفس لا يعد دناءة ، وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشراف الناس وعظمائهم ، وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الاجارة معاددة يعنى أن يفعل الأجير عدداً معلوما من العمل بعدد معلوم من الأجرة .

فرع الاجارة عوض فى مقابلة المنفعة كالثمن فى مقابلة المبيع وحكمه كحكمه فى جوازه معينا وفى الذمة . قال الشافعى : فالإجارات صنف من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه اهـ .

ومن هذا أخذ الفقهاء أنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع ، فإن كان العيب موجوداً فى الشىء المؤجر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشترى أن يفسخ دون البائع ، وإن كان العيب موجوداً فى الأجرة فإن كانت فى الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار ، وإن كانت معيبة فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب فى الثمن المعين دون المشترى ، ولا يجوز فسخ الاجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ فى المعقود عليه عيب ، ومن هنا كان لأصحابنا وجهان فى انعقاده بلفظ البيع ، ونظراً لأن عقد الإجارة كعقد النكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضة وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا : إنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح ، والوجه الثانى : ينعقد بلفظ البيع لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على الباذل كالبيع سواء بسواء .

اذا ثبت هذا فهل المعقود عليه العين ؟ لأنها الموجودة فيقال : أجرتك داري أم أن العقد يتعلق بالمنفعة دون الأعيان ؟ فيقال : أجرتك داري أو منفعة داري بكذا ، أو بعتك منفعتها ، وهذا الأخير هو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي ، ويصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا في ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما فإن كانت مجهولة لم تصح الإجارة كما لو كان المبيع مجهولا ، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين نوع يكون عقده على مدة معلومة ، ونوع يكون على عمل معلوم فالأول كالدار والأرض فلا تجوز إجارتها إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما تعاقدا عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أتمه عمل في غير المدة ، وهذا غرر أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه .

فرع قال الشافعي : إذا تكارى الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو السيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى الغلتين والماء قائم ثم نضب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهاب الماء فتلك له ويكون عليه من الكراء بحصة ما زرع إن كانت حصة الزرع الذى زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثاني اهـ .

فرع قال النووي في المنهاج : ولا يصح استئجار آبق ومغصوب وأعمى للحفظ وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد ، ويجوز إن كان لها ماء دائم ، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح اهـ . قال الشربيني الخطيب في المغني : ومجرد الامكان لا يكفي كإمكان عود الآبق والمغصوب ، نعم لو قال المكرى أنا أحفر لك بئراً وأسقى أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر

صحت الإجارة كما قال الرويانى . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة ، إلى أن قال : ويجوز استئجار أراضى مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمسة عشر ذراعا فما دونها كما نقله فى الكفاية عن أبى الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين .

وقال السبكى : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة ، وما يروى من ستة عشر وسبعة عشر غالب الحصول ، وإن كان الاحتمال متطرقا إلى الستة عشر وإلى السبعة عشر كثيراً ا هـ .

فرع وتصح الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها ، وإن سترها عن الرؤية ، لأن الماء من مصلحتها كاستتار اللوز والجوز بالقشر ، فإن قيل : ينبغى عدم الصحة لأن الانتفاع عقب العقد شرط ، والماء يمنعه أجيب بأن الماء من مصالح الزرع ، وبأن صرفه ممكن فى الحال بفتح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالا كاستئجار دار مشحونة بالأمتعة التى يسكن نقلها فى زمن لا أجرة له ، هذا إن وثق بانحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصح، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يجرفها بفيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز لأن الأصل والغالب السلامة .

وإن استأجر أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها إن اعتيد دخوله بعرف مطرد ــ والشرب بكسر الشين ــ النصيب من الماء ، بخلاف مالو باعها لا يدخل ، لأن المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط فى العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاغتناء عن شربها ، والامتناع الشرعى لتسليم المنفعة كالحسى فى حكمه .

وقد أورد المصنف وجهين فى الأرض التى يغطيها الماء وعلم انحسار أو احتمال تبخرها وجفافها (أحدهما) عدم صحة العقد لعدم إمكان استيفاء المنفعة حالا (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وهو الصحيح والذى عليه الفتوى من أئمة المذهب أنه يصح ، لأنه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح كما يصح أن يشترى سلعة بدراهم ، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم .

(والثانى) لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصـح ، كما لو أجر عبد غيره .

(فصـــل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة القدر ، لانا بينا أن الاجارة بيع والبيع لا يصح الا فى معلوم القدر ، فكذلك الاجارة ، ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل ، أو بتقدير المدة ، فان كانت المنفعة معلومة القـدر فى نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب الى مكان ، قدرت بالعمل لأنها معلومة فى نفسها ، فلا تقدر بغيرها ، وان قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوما ليخيط له قميصاً ، فالاجارة باطلة ، لأنه يؤدى الى التعارض وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة فى بعض اليوم ، فان طولب فى بقية اليوم بالعمل أخل بشرط العمل ، وان لم يطالب أخل بشرط المدة ، فان كانت المنفعة مجهولة المقدار فى نفسـها كالسكنى والرضاع وسقى الأرض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لان السكنى وما يشبع به الصبى من اللبن وما تروى به الأرض من السـقى يختلف ولا ينضبط ، ومقدار التطيين والتجصيـص لا ينضـبط لاختلافهـما فى الرقـة والثخونة ، فقدر بالمدة .

واختلف أصحابنا فى استئجار الظهر للحرث ، فمنهم من قال : يجـوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها ، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهراً ، ومنهم من قال : لا يجوز تقديره بالمدة ، والأول أظهر ، لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما .

(فصـــل) وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة الابتـداء والانتهاء ، فان قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة ، وقال فى الاملاء تصح فى الشهر الأول وتبطل فيما زاد لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول ، فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول ، كما لو قال : اجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الأول لانه عقد على الشهر وما زاد من الشهور ، وذلك مجهول فبطل ، ويخالف هذا اذا قال : اجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك أفرد الشهر الأول بالعقد وههنا لم يفـرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل بالجميع ، فان أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة ، لأن السنة المعهودة فى الشرع سنة الأهلة . والدليل عليه قوله عـز

وجل : « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » (١) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان كان العقد فى أول الهلال عد اثنى عشر شهراً بالأهلة ، تاما كان الشهر أو ناقصاً ، وان كان فى أثناء الشهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالأهلة ، ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر اتمامه بالشهر الهلالى فتمم بالعدد .

فان أجره سنة شمسية ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه على حساب النسىء فيه أيام والنسىء حرام ، والدليل عليه قوله تعالى « انما النسىء زيادة فى الكفر » (٢) .

(والثانى) انه يصح لأنه وان كان النسىء حراماً ، الا أن المدة معلومة ، فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان ، وفى أكثر المدة التى يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما فى المساقاة .

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة ، لأن الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين فى البيع ، والبيع لا يصح الا فى معلوم ، فكذلك الاجارة . فان كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار ، لأن المنفعة تختلف باختلافها ، فوجب العلم بها ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لأنها لا تضبط بالصفة فافتقر الى التعيين كالعقار والجواهر فى البيع ، وهل يفتقر الى الرؤية ؟ فيه قولان بناء على القولين فى البيع ، ولا يفتقر الى ذكر السكنى ولا الى ذكر صفاتها لأن الدار لا تكترى الا للسكنى ، وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد معروف .

وان اكترى أرضا لم يصح حتى تعرف الأرض لما ذكرناه فى الدار ؛ ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والفراس والبناء ؛ لأن الأرض تكترى لهذه المنافع وتأثيرها فى الأرض يختلف فوجب بيانها .

وان قال : أجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز ، لأنه جعل له زراعة أضر الأشياء ، فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه ، وان قال : أجرتك لتزرع وأطلق ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأن الزروع مختلفة فى التأثير فى الأرض ، فوجب بيانها .

(والثانى) يصح لأن التفاوت بين الزرعين يقل .

وان قال : أجرتك لتزرعها أو تفرسها لم يصح ،لأنه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح ، كما لو قال : بعتك أحد هذين العبدين ، وان قال : أجرتك لتزرعها وتفرسها ففيه وجهان :

---

(١) البقرة : ١٨٨

(٢) التوبة : ٣٧

(احدهما) لا يصح وهو قول المزنى وأبى العباس وأبى اسحاق ، لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منهما .

(والثانى) يصح وله أن يزرع النصف ويفرس النصف ، وهو ظاهر النص، وهو قول أبى الطيب بن سلمة ، لأن الجمع يقتضى التسوية فوجب أن يكون نصفين) .

الشرح هذا الحكم فى تعليم القرآن ينبنى على أن تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا ؟ فقد روى ابن ماجه والبيهقى والروياني فى مسنده عن أبى بن كعب قال : علمت رجلا القرآن فأهدى لى قوساً ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال « إن أخذتها أخذت قوساً من نار » فرددتها .

قال البيهقى وابن عبد البر : هو منقطع ، يعنى بين عطية الكلاعى وأبى بن كعب . وكذلك قال المزى . وتعقبهم الحافظ ابن حجر بأن عطية ولد فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن ابن سلم الراوى عن عطية .

وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه بلفظ « علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن ، فأهدى إلى رجل منهم قوسا فقلت : ليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله عز وجل ، لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسالنه فأتيته فقلت : يا رسول الله ، إنه رجل أهدى إلى قوس ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله ، فقال : إن كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها » .

وفى إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلى ، وقد وثقه وكيع ويحيى ابن معين وتكلم فيه جماعة . وقال أحمد : ضعيف الحديث ، حدث بأحاديث مناكير وكل حديث رفعه فهو منكر . وقال أبو زرعة الرازى : لا يحتج بحديثه ، ولكنه قد روى عن عبادة من طريق أخرى عند أبى داود بلفظ « فقلت : ما ترى فيها يا رسول الله ؟ فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها » وفى هذه الطريق بقية بن الوليد ، وقد تكلم فيه جماعة ووثقه الجمهور إذ روى عن الثقات ، وقد أورد ابن حجر حديث عبادة هكذا فى

كتاب النفقات من التلخيص الحبير وتكلم عليه ، وفى هذا المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبزار بنحو حديث أبى ، وعن أبى الدرداء عند الدارمى بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضاً .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن كأحمد بن حنبل وأصحابه وأبى حنيفة ، وبهذا قال عطاء والضحاك ابن قيس والزهرى وإسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق ، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن ، وأجابوا عن هذه الأحاديث بأجوبة منها أن حديثى عبادة وأبى قضيتان فى عين فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فكره أخذ العوض عنه ، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك من شىء تصدقها إياه ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى هذه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم إن أعطيتها إزارك ، جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شىء ؟ فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها ، فقال النبى صلى الله عليهو سلم قد زوجتكها بما معك من القرآن » وفى رواية « قد ملكتكها بما معك من القرآن » ولمسلم « زوجتكها تعلمها القرآن » وفى رواية لأبى داود « علمها عشرين آية وهى امرأتك » ولأحمد « قد أنكحتها على ما معك من القرآن » .

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم فى كتاب الزكاة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذه » ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذى أخرجه البخارى عن ابن عباس وفيه « إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » .

اذا ثبت هذا فإن كان الأجر على تعليم السورة لا يحفظها ففى صحة ذلك وجهان (أحدهما) يصح كما يصح شراء ما لا يملك ثمنه على أن يحصلها ثم يدفعها (والثانى) لا يصح لأن المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح .

قال العلامة الشربينى فى المغنى على المنهاج : أما اذا استأجره مدة لجميعه فإنه لا يصح على الأصح فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغى أن يقول المصنف ـ يعنى النووى ـ تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعى رضى الله عنه فى باب التدبير نص على أن القرآن بالألف واللام لا يطلق إلا على جميعه فإذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفتى الغزالى بأن أيام السبوت مستثناة من استئجار اليهودى شهراً لاطراد العرف به .

وقال البلقينى : ويقاس عليه الأحد للنصارى ، والجمع فى حق المسلمين، ثم قال : ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكفى أن يفتح المصحف ويقول : تعلمنى من هنا إلى هنا ، لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار إليه بسهولة أو صعوبة ، فإذا أطلق العقد فى تعلم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردى والرويانى تفريعاً على ذلك : يعلمه الأغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم فإنه يتعين البلد ، أى فإن لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فإن عين له قراءة تعينت ، فإن أقرأه غيرها لم يستحق أجرة فى أحد وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ، ويشترط فى المتعلم أن يكون مسلماً أو يرجى إسلامه ، فإن لم يرج لم يعلم كما يباع المصحف من الكافر .

فـــرع قال الشافعى : وكذلك يملك المستأجر المنفعة التى فى العبد والدار والدابة إلى المدة التى اشترط حتى يكون أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها العوض فهى منفعة معقولة من عين معروفة فهى كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان فى حكم الدين ولم يجز أن يكترى بدين لأنه حينئذ يكون ديناً بدين ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين ، فإذا وقع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلا أ هـ .

وجملة القول فى عقد الإجارة أن يتضمن تمليك منافع فى مقابلة أجرة ، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض ، وأما الإجارة فلها ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يشترطا حلولها وتكون حاله اتفاقا .

(والثانى) أن يشترطا تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمة إجماعا .

(والثالث) أن يطلقاها فلا يشترطان فيها حلولا ولا تأجيلا ، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب : فمذهب الشافعى منها أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين ، وقال أبو حنيفة : لا تتعجل الأجرة بل تكون فى مقابلة المنفعة ، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما فى مقابلته من الأجرة ، وقال مالك : لا يستحق الأجرة إلا بمضى جميع المدة استدلالا بقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فاقتضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق الأجرة . وبما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » فكان ذلك منه حثا على تعجيلها فى أول زمان استحقاقها وذلك بعد العمل الذى يعرف به ، ولأن أصول العقود موضوعة على تساوى المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تاليا لملك المعوض كالبيع إذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن ، وإذا سلم المبيع استحق قبض المنافع مؤجلا وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلا ، وتحريره قياسا أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد إقباض المعوض كالبيع ، ولأن ما استحق من الأعواض على المنافع يلزم أداؤه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض ، لأن من ملك الأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد ، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من الأجرة فدل على أنه لم يكن مالكا للأجرة .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح، ولأن كل عوض تعجل بالشرط فإطلاقه يوجب حلوله كالثمن ، ولأن الأصول

موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوى حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر فى الأصول فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن ، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الأجرة ، والمنافع ههنا مقبوضة بالتمكين حكما ، وإن لم يكن القبض مستقراً .

فـــرع قال الشافعى : وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد الإجارة على سنة واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية إليها فأما ما زاد على السنة الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير ، وللشافعى فيما زاد على السنة الواحدة قولان .

(أحدهما) لا تجوز الإجارة أكثر من سنة ، لأن الإجارة غرر لأنها عقد قد تسلم وقد لا تسلم ، فإذا قل الزمان قل غررها فجاز ، وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار ، ولأن السنة هى المدة التى تكمل فيها منافع الزراعة فى الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة بها وبطلت فيما جاوزها .

(والقول الثانى) وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة بثلاثين سنة قدرها الشافعى على سبيل الكثرة ، أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك يختلف باختلاف المؤاجر . فإن كان ذلك داراً للسكنى جازت إجارتها يوماً واحداً ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها ، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشىء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك أرضاً تأيد بقاؤها ، وإن كان داراً روعى فيها مدة يبقى فيها بناؤها ، وإن كان حيواناً روعى فيه الأغلب من مدة حياته .

فـــرع فأما إذا آجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجارة فيما عدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه . فصار

كقوله : أجرتكها مدة ، واختلف أصحابنا فى صحتها ولزومها فى الشهر الأول على وجهين .

(أحدهما) أن الإجارة فيه صحيحة لكونه معلوما .

(والوجه الثانى) وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز فى الحكم . وقال أبو حنيفة : الإجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الإجارة فى كل شهر قبل دخوله فإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الأجرة لكل شهر جارياً مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمى ثمن كل قفيز ، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التى قد أشير إليها وينحصر كيلها ، ولأنه لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل ، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى .

فإذا قدر المدة بسنة حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعا فإن شرط هلالية كان تأكيدا وإن قال : عددية أوسنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوماً ، لأن الشهر العددى يكون ثلاثين يوماً ، وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثنى عشر شهرا بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً ، لأن الشهر الهلالى ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وإن كان العقد فى أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الأصل ، وقد مضى فى السلم بحث فى الشهور العربية الهلالية والشمسية الرومية ويعد ذلك أساساً لتوقيت التعامل هنا كمثله هناك .

فرع قال فى المنهاج : يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنة وتارة بعمل كدابة إلى مكة وكخياطة ذا الثوب فلو جمعهما فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح فى الأصح ، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفى البناء يبين الموضع والطول والعرض والسمك وما يبنى به إن قدر بالعمل .

وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة . ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فى الأصح . ولو قال : لتنتفع بما شئت صح ، وكذا لو قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس فى الأصح ، ويشترط فى إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام ، وقيل لا يكفي الوصف ، وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له .

وقال السبكي : لابد فى تصوير هذه من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف فى وجوب تعيين ما يزرع . اهـ

وإذا صلحت الأرض لغراس أو بناء أو زراعة أو لاثنين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة فى الصورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ، فإن أطلق لم يصح ، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفي الاطلاق فيها كأراضى الأحكار فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس ، ويكفي فى أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها ، كقوله : أجرتكها للزراعة أو لتزرعها . فيصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع . ويزرع ما شاء للإطلاق .

قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات : وما قاله حكاه الخوارزمي وجها فيكون الوجه الثاني أنه لا يكفي لأن ضرر الزرع مختلف . نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفي الاطلاق لوجوب الاحتياط . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان استاجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف ، كما قلنا فى البيع . فانه كان فى الجنس نوعان مختلفان فى السير كالمهلج والقطوف من الخيل ففيه وجهان .

(أحدهما) يفتقر الى ذكره لأن سيرهما يختلف .

(والثانى) لا يفتقر لأن التفاوت فى جنس واحد يقل ، ولا يصح حتى يعرف الراكب ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره ، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب .

فان كان عمارية أو محملا ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب .

(والثانى) ان كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة ، لأنها لا تختلف ، وان كانت من الخراسانية الثقال لم يجز الا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت .

(والثالث) وهو المذهب أنه لا يجوز آلا بالتعيين ، لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

واختلف أصحابنا فى المعاليق كالقدر والسطيحة . فمنهم من قال : لا يجوز حتى يعرف قولا واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها ، ومنهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه .

(والثانى) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء فى الاجارة ، والحمل فى البيع ؛ وان كان السير فى طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً ، لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقا كالثمن فى موضع فيه نقد متعارف ، فان لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح ، حتى يبين ، لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه .

فصل فان استأجر ظهراً لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر ، لأنه لا غرض فى معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن ، لأن ذلك يختلف على البهيمة ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف . فان كان موزونا ذكر وزنه ، وان كان مكيلا ذكر كيله ، فان ذكر الوزن فهو أولى ، لأنه أخصر وأبعد من الغرر ، فان عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وان لم يعرف كيلها ــ فان شرط أن يحمل عليها ما شاء ــ بطل العقد لأنه دخل فى الشرط ما يقتل البهيمة ، وذلك لا يجوز ، فبطل به العقد .

فاما الظروف التى فيها المتاع فانه ان دخلت فى وزن المتاع صح العقد لأن الغرر قد زال بالوزن وان لم تدخل فى وزن المتاع ــ نظرت فان كانت ظروفا

معروفة كالفرائر الجبلية ـ جاز العقد عليها من غير تعيين ، لأنها لا تتفاوت ، وان كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين ، لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينها) .

الشرح المهملج . قال فى القاموس : والهملجة فارسى معرب ، وشاة هملاج لا مخ فيها لزالها ، وأمر مهملج مذلل منقاد ، والهملاج بالكسر من البراذين والقطوف الدابة ضاق مشيها ، قال زهير :

بارزة الفقارة لم يخنها قطاف فى الركاب ولا خلاء

والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة والمحامل كمجالس الهودج فكأن منها ما يصلح للركوب ومنها ما يصلح للحمل ، والمعاليق جمع معلاق ، وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط والسطيحة إناء مسطح من الجلد .

أما الأحكام فإنه يشترط فى إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام لينتفى الغرر . وذلك بنحو ضخامة أو نحافة ، كما فى الحاوى الصغير خلافا للبلقينى وغيره من اعتبار الوزن ، إذ إن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته ، وإنما اعتبروا فى نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير ، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال ، فلم يعتبر جمعهما فيه ، وقيل لا يكفى الوصف وتتعين المشاهدة لأنه ليس الخبر كالعيان ، ولما يأتى من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع ، وكذا الحكم فيما معه من متاع ، وفيما يركب عليه من محمل وسرج وأكاف إن فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكترى ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه . ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج يليق بالدابة ويناسب قوتها. فإن كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافا للاذرعى ، ولابد فى نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه . وكذا غطاء إن شرط فى العقد ، فإن كان ثمة عرف مطرد حمل الاطلاق عليه ، ولو شرط فى عقد الإجارة حمل المعاليق فسد العقد فى الأصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثانى) يصح ويحمل على الوسط المعتاد ، وإن لم يشرطه لم يستحق

حملها فى الأصح . هكذا أفاده النووى والرملى وغيرهما ويقاس على هذا ما ينبغى أن تكون عليه مؤاجرة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال ، فقد تحددت فى زماننا هذا حمولة السيارات الركوبية بعدد الراكبين وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب ، وكذلك السيارات الحمولية تحددت حمولتها بالوزن ومقصد الشرع المحافظة على البهيمة من وجهتين : حرمة الحياة وحرمة المال .

فرع وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب فى الإيجار أن يعرف المحمول وقدره وجنسه ، فإذا كان فى أوطبة وأجولة أو صناديق امتحنها وعرف ما فيها ، فإن كانت عارية فلا كلام وإن كانت مظروفة فى أكياس أو معبأة وجب امتحانها ومعرفتها جنساً ووزنا .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز من ذلك شىء على شىء مغيب لا يجوز حتى يرى الراكب والراكبين ، وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين أو تكون الحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبة وما أشبه هذا . وقال أيضاً « وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها إليه الكراء الذى تكاراها به وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع ، وإذا عطبت عليه لزمه الكراء الى الموضع التى عطبت فيه وقيمتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان استأجر ظهراً للسقى لم يصح العقد حتى يعرف الظهر ، لأنه لا يجوز الا على مدة ، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة ، فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة ، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لأنه يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(فصل) وان استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض ، لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، فان كان على جربان لم يفتقر الى العلم بالظهر لأنه لا يختلف وان كان على مدة وقلنا : انه يصح لم يجز حتى

يعرف الظهر الذى يحرث به ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ويعـــرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه فى السقى .

(فصـــل) وان استأجر ظهراً للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذى يداس ، لأن العمل يختلف باختلافه ، فان كان على زرع معين ، لم يفتقر الى ذكر الحيوان الذى يداس به ، لأنه لا غرض فى تعيينه ، فان كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذى يداس به ، لأن العمل يختلف باختلافه .

(فصـــل) وان استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة ، لأن الصيد يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصـــيد ، لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً فى اتعاب الجارحة) .

الشرح يجوز اكتراء الدابة للاستقاء بالغرب ــ وهو الدلو العظيمة ــ ونحوه كالدولاب ، فلابد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بكيله مترياً أو قياسه أو وزنه ، ولا يجوز تقدير ذلك بحوض فى الأرض أو حفرة فيها الجهالة ولتسرب الماء فى باطن التربة فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وإن قدره بملء شىء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقى منه ، هذا ما يقال فى الاستقاء .

ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فنقول : إن جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب « وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس » .

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبى صلى الله عليه وسلم « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت : إنى لم أخلق لهذا ، وإنما خلقت للحرث » رواه الشيخان ، على أن هذا يحتاج إلى شرطين ، معرفة الأرض وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة وضيقاً وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان ــ جمع جريب ــ وهو ما يبلغ ستين ذراعا مربعاً مهيأ للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب وألف خريب ويعنون بالخريب غير المهيـأ للزراعـة ويحتاج إلى إصلاح حتى يكون جريباً ، ومن هنا اختلف كراء الجريب عن

الخريب لأن الجريب تكون مستوية السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لأنها لا تعرف إلا بالمشاهدة .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة ، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبة أو قصبتين (والقصبة ٣٥٥ س م .) والفدان ٣٣٣ وثلث قصبة .

أما الدراس أو الدياس ـ والدياس جعلوها مصـــدراً لداس يدوس دوساً ودياسا مثل الدراس فمن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب ، ومنهم من يقول : هو مجاز وكأنه مأخوذ من داس الأرض دوسا إذا شدد وطأه عليها بقدمه ، والمدوس الذى تداس به الحبطة ـ بكسر الميم ـ لأنه آلة .

وأما المداس الذى ينتعله الإنسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لأنه آلة وإلا فالكسر أيضا حملا على النظائر الغالبة من العربية ، ولا أدرى وجه صاحب القاموس المحيط فى جعله زنة سحاب ـ قلت : أما تأجير البقر للدراس أو غير البقر فأشبه الحرث فى معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهل بالنورج أم بدونه وعلى مدة ومعرفة الحيوان ، لأن الغرض يختلف باختلافه، والحيوانات يكون كلها نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج إلى اختياره وتحديد نوعه الذى يغتفر لعدم تفاحشه وكذلك إدارة الرحى للطحن يفتقر إلى شيئين ، معرفة الحجر بالمشاهدة ، وإما بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل إما بالزمان كيوم ويومين ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته .

فرع إذا استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لأنها إذا كانت الجارحة كلباً فلا يصح استئجاره كما صحح ذلك النووى ، وحكى الرملى والشربينى منازعة النووى فى هذا ، وقال الأذرعى : المختار قول الغزالى ، يعنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد .

أما الجوارح الأخرى كالبازى والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولا

واحدا كما يجوز استئجار السنور لصيد الفأر . وعلى هذا يصح استئجارها ـ أعنى الجوارح ـ من ذمى أو مجوسى ويجرى عليها حكم صيد المسلم بكلب النصرانى واليهودى ، إن قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز .

أما الجوارح الأخرى فإنه يصح استئجارها من يهودى أو نصرانى ويصح صيدها قال العبدرى : وبه قال الفقهاء كافة وقال ابن المنذر : وبه قال سعيد ابن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهويه ، وقال أحمد : كلب النصرانى واليهودى ، عندى أهون من المجوسى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان استأجر رجلا ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان ، لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً فى اتعاب الراعى ، ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس فى الذمة ، فان عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ومن أصحابنا من قال : يجوز مطلقا ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة أو أقل أو أكثر ، والأول أظهر ، لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد .

(فصل) وان استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبى الذى عقد على ارضاعه ، لأنه يختلف الرضاع باختلافه ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ؛ لأنه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه .

فصل وان استأجر رجلا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الأرض لأن الحفر يختلف باختلافها ، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، وان استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، وان استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ، ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد ، وعلى هذا جميع الأعمال التى يستأجر عليها .

وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه مالا يعرفه ، رجع فيه الى أهل الخبرة ليعقد على شرطه ، كما اذا أراد أن يعقد النكاح ، ولم يعرف شروط

العقد ، رجع الى من يعرفه ليعقد بشروطه ، وان عجز عن ذلك فوضه الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الأعمى فى البيع والشراء من يشاهد المبيع .

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لأن الغرض يختلف باختلافها ، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف ، فان كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأن الأعشار تختلف .

(والثانى) يصح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : ((جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه ، فقال لها : اجلسى بارك الله فيك ، أما نحن فلا حاجة لنا فيك ، ولكن تملكيننا أمرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى وجوه القوم ، فدعا رجلا منهم ، فقال لها : انى أريد أن أزوجك هـذا ان رضيت ، فقالت : ما رضيت لى يا رسول الله فقد رضيت ، ثم قال للرجل : هل عندك من شىء ؟ قال : لا والله يا رسول الله . قال: ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة والتى يليها ، قال قم فعلمها عشرين آية وهى امرأتك)) وهل يفتقر الى تعيين الحرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يعين الحرف ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف .

(والثانى) لا يحتاج الى تعيين الحرف ، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل .

(فصـــل) وان استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر انه أفراد أو قران أو تمتع ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فأما موضع الاحرام فقال فى الأم : لا يجوز حتى يعين . وقال فى الاملاء : اذا أستأجر أجيراً أحرم مـن الميقات ولم يشترط التعيين ، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اســـحاق المروزى : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز حتى يعين ، لأن الاحرام قد يكون من الميقات ، وقد يكون من دويرة أهله ، وقد يكون من غيرهما ، فاذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح .

(والثانى) انه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع ، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق اليه كنقد البلد فى البيع .

ومن أصحابنا من قال : ان كان الحج عن حى لم يجز حتى يعين ، لأنه يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وان كان عن ميت جاز من غير تعيين ، لأنه لا يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وحمل القولين على هـذين الحالين . ومنهم من قال : ان كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين ، لأنه ليس أحدهما

بأولى من الآخر ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع فيه نقدان . وان لم يكن له الا ميقات واحد جاز من غير تعيين ، كالثمن فى موضع ليس فيه الا نقد واحد ؛ وحمل القولين على هذين الحالين ، فان ترك التعيين وقلنا : انه لا يصح فحج الأجير ، انعقد الحج للمستأجر لأنه فعله باذنه مع فساد العقد ، فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة فى بيع) .

الشرح أوردنا فى صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى ، وقد روى أحمد والبخارى وابن ماجه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم ، فقال أصحابه:وأنت ؟ قال:نعم،كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة » وقال سويد بن سعيد : يعنى كل شاة بقيراط .

وقال إبراهيم الحربى : قراريط اسم موضع ، وقد صوب ابن الجوزى وابن ناصر التفسير الذى ذكره إبراهيم الحربى ، لكن الذى رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكاناً يقال له : قراريط .

وقد روى النسائى من حديث نصر بن حزن قال : افتخر أهل الإبل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بعث موسى وهو راعى غنم ، وبعث داود وهو راعى غنم وبعثت وأنا راعى غنم أهلى بجياد » وفى الحديث دليل على جواز الإجارة على رعى الغنم ، ويلحق بها فى الجواز غيرها من الحيوان، وهل يصح أن يرعى قطيعاً بغير عدد من الغنم ، أو قطيعاً بغير عدد من البقر قل أو كثر ؟ قولان : (أحدهما) وهو الأصح أن يذكر العدد وأن يكون الأجر مناسبا لقدر المنفعة والعمل . (والثانى) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير عدد صح عقده .

فرع مذهب الشافعى رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الأم لإرضاع ولدها . وقال أبو حنيفة : لا يجوز مادامت فى النكاح أو العدة اهـ.

ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لإرضاع أو غيره مما يؤدى إلى خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الأصح ، ويؤخذ من قول الأذرعى أنه يجوز لها ذلك إذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لا خلوة فيه بأجنبى ينقضى أجله قبل قدومه ، وقد اعترض الغزى على هذا بأن المرأة

ومنافعها مستحقة لزوجها بعقد النكاح . قال الرملي : وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها ، وإنما يستحق المنفعة منها وهي متعذرة منه ، ولو اختلفت الزوجة مع زوجها حول الإذن صدق الزوج ولا كلام .

على أن الأقيس على ظاهر المذهب أنه يصح لها على حد قول الأذرعي لأنه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده ولو كان منها فان ذلك يفيد بمفهومه ملكها للمنفعة إذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها وكسوتها ؟ مذهب الشافعي على أن ذلك لا يجوز في الظئر ولا في غيره من أنواع الإجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل أجراً أو شرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق .

وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عن أحمد أن ذلك جائز في الظئر دون غيره لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظئر ولا في غيرها . وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد أبو ثور وابن المنذر لأن ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا ، والأجر من شرطا أن يكون معلوما .

اذا ثبت هذا فهل تدخل الحضانة في الرضاع أم لا ؟ على وجهين : (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لأن العقد لم يتناولها . (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي ، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة : ويشترط لعقد الرضاعة أربعة شروط :

(الأول) أن تكون مدة الرضاع معلومة ، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها ، فإن السقى والعمل فيها يختلف .

(الثانى) معرفة الصبى بالمشاهدة ، لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبى فى كبره وصغره ونهمته وقناعته .

(الثالث) موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها فى بيتها .

(الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق .

فــــرع إذا استأجر عاملا يحفر له بئرا وحدد له مكان البئر وسعتها وأجره ، أو استأجر عاملا يضرب له لبناً وهيأ له الماء والتبن والتراب والمكان الصالح لضرب اللبن ، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره ، ولا ضمان عليه فى البئر ولا فى اللبن .

فــرع يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم القرآن أو سورة منـــه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديده كما يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجا وهو وجه فى المذهب ، ولا يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه فى الأم حيث قال : إن القراءة لا تحصل له .

وقال الشربينى فى المغنى : الاجارة للقــرآن على القبر مدة معــلومة أو قدراً معلوما جائزة للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحى الحاضر ، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن إلى الميت فى ذلك ، ولأن الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب إلى الاجابة وأكثر بركة ، ولأنه إذا جعل أجرة الحاصل بقراءة للميت فهو دعاء بحصول الأجر فينتفع به . فقول الشافعى رضى الله عنه إن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك . وقــد أفتى الشــهاب الرملى بذلك وأفاده ولده شمس الدين فى نهاية المحتاج .

قلت : وقد أجمع أهل العلم على أن القارىء إذا قرأ ابتغاء المال وطلبا للنقود لاسيما فى زماننا الذى عمت فيه حرفة القراءة ، وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا آثما لأنه لا يبتغي بالقرآن وجه الله ، ولم يقف عند عجائبه فيحرك به قلبه ، وكما يقول أبو حامد الغزالى رحمه الله : الموعظة زكاة نصاب الاتعاظ ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه ففاقد الاتعاظ بكتاب الله ليس عنده ما يمنحه غيره من الموعظة .

فـــرع قال أصحابنا : أعمال الحج معروفة فإذا علمها المتعاقدان عند الإجارة صحت الإجارة ، وإن جهلها أحدهما لم تصح بلا خلاف ، وممن صرح به إمام الحرمين والبغوى والمتولى ، وهل يشترط تعيين الميقات الذى يحرم منه الأجير ؟ نص الشافعي فى الأم ومختصر المزنى أنه يشترط ، ونص فى الإملاء أنه لا يشترط ، وللأصحاب أربع طرق أصحها وبه قال أبو إسحاق المروزى والاكثرون ، ووافق المصنفون على تصحيحه فيه قولان أصحهما لا يشترط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة فى العادة الغالبة ، لأن الاجارة تقع على حج شرعى ، والحج الشرعى له ميقات معقود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق إليه ، ولأنه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر فى الشرع أو العرف ، كما لو باع بثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر فى العرف ، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه .

وممن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى والبندنيجى والرافعى وآخرون . والثانى : يشترط لأن الإحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه ، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه .

(والطريق الثانى) إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يفضى إلى ميقاتين اشترط بيانه وإلا فلا .

(والطريق الثالث) إن كان الاستئجار عن حى اشترط ، وإن كان عن ميت فلا لأنه قد يتعلق للحى غرض فيه وهذا الطريق هو الذى حكاه المصنف

هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ أبو حامد الاسفراييني وآخرون ، وهذا والذى قبله ليس بشيء عندهم ونقله إمام الحرمين .

(والطريق الرابع) ما حكاه الدارمى من أنه يشترط قولا واحداً ، وعلى هذا إن شرطاه فأهملاه فسدت الإجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه أجرة المثل ، أما تعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف .

قالوا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان إنهما إفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض بذلك ، هذا وقد نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب :من حج عنى فله مائة درهم فحج عنه إنسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الجعالة ، وللأصحاب فيها ثلاثة أوجه (أصحها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الأجير أجرة المثل ، لأنه جعالة وليس بإجارة والجعالة تجوز على عمل مجهول فوقوعها عن معلوم أولى ، هذا وبقية ما يتعلق بالإجارة عن الحج من انفراد أجير أو تعدد أجراء أو حصول الإجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط فى كتاب الحج من المجموع فاشدد به يديك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على أجرة معلومة لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع ، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها ، لأن المنافع فى الاجارة كالأعيان فى البيع ، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

(فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع ، وان عقد بمال جزاف ـ نظرت ، فان كان العقد على منفعة فى الذمة ـ ففيه قولان ، لأن اجارة المنفعة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم على مال جزاف قولان ، فكذلك

فى الاجارة ، فان كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يجوز قولا واحداً ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وفى بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافا قولا واحداً فكذلك فى الاجارة ، ومنهم من قال : فيه قولان : (أحدهما) يجوز . (والثانى) لا يجوز ، لأنه عقد على منتظر ، وربما انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض ، فكان فى عوضه جزافا قولان كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل ، فكذلك الاجارة ، فان أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لما روى أبو هريرة : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف رشحه » .

ولأن الاجارة كالبيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك فى الاجارة ، فان استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قال ربكم عز وجل ، ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع . فان سلم اليه العين التى وقع العقد على منفعتها ــ ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ــ استقر البدل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف فى يد المشترى ، فان عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشترى اذا أتلف المبيع فى يد البائع .

فان كان هذا فى اجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل ، لأن الاجارة كالبيع والمنفعة كالعين ، ثم البيع الفاسد كالصحيح فى استقرار البدل ، فكذلك فى الاجارة ، فان كان العقد على منفعة فى الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة ، لأن اجارة ما فى الذمة كالسلم ، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الاجارة ، ولا يجوز حتى يقبض العوض فى المجلس كما لا يجوز فى السلم ، ومن أصحابنا من قال : ان كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض فى المجلس لأنه سلم ، وان كان بلفظ الاجارة لم يجب لأنه اجارة ، والأول أظهر ، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم . ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ، ولا تستقر الأجرة فى هذه الاجارة الا باستيفاء المنفعة ، لأن المعقود عليه فى الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه رواه أحمد ولفظه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره»

وعن النجش واللمس وإلقاء الحجر » قال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب. وأخرجه أيضاً البيهقى وعبد الرزاق وإسـحاق بن راهويه وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع ، ولفظ بعضـهم « من اسـتأجر أجيراً فليسهم له أجرته » وفى هذا الحديث دليل على وجوب بيان قـدر الأجرة ، وبه قال أبو يوسف ومحمـد ، وقال مالك وأحمـد بن حنبـل وابن شبرمة : لا يجب للعرف واستحسان المسلمين ، قال صاحب البحـر الزخار : لا نسلم بل الإجماع على خلافه اهـ . ويؤيد قول المذهب القيـاس على ثمن المبيع .

أما حديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يقول الله تعالى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، الحديث » فقد أخرجه أحمـد والبخارى ، وأخرجه أيضـاً البزار وفى إسـناد البـزار هشـام بن زياد (أبو المقدم) وهو ضعيف قال ابن التين : هو سبحانه خصم لجميع الظالمين إلا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح ، والخصم يطلق على الواحـد والاثنين وعلى أكثر من ذلك .

وقال الهروى : الواحد بكسر أوله ، قال الفراء فى إطلاق الخصم على الواحد فأكثر هو قول الفصحاء . ويجوز فى الاثنين خصمان ، قلت : استعمل القرآن فى الاثنين خصمان فى قوله تعالى « خصمان بغى بعضنا على بعض » ، وهو أبلغ استعمال وأفصحه . قوله « من كنت خصمه خصمته » هذه الزيادة ليست فى صحيح البخارى ولكنه أخرجها أحمد وابن حبان وابن خزيمـة والاسماعيلى ، قوله « باع حراً وأكل ثمنه » فى رواية لأبى داود « ورجل اعتد محرره » وهو أعم فى الفعل وأخص فى المفعول .

قال الخطابى : اعتباد الحر يقـع بأمرين ، أن يعتقه ثم يكتـم ذلك أو يجحده ، والثانى أن يستخدمه كرها بعد العتق ، والأول أشدهما . قال فى الفتح : الأول أشد لأن فيه مع كتم الفعل أو جحده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فمن ثم كان الوعيد عليه أشد وفى قضاء الأجر عند توفية

العمل خلاف بين العلماء فعند أبي حنيفة وأصحابه إنما تملك بالعقد فتتبعها أحكام الملك ، وعند الشافعي وأصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا في الصحيحة ، وأما الفاسدة فقال في البحر : لا تجب بالعقد إجماعا وتجب بالاستيفاء إجماعا .

والإجارة أصول في أنفسها تتنوع على وجهها ، وهي كالبيوع سواء بسواء ، قال الشافعي رضي الله عنه : البيوع الصحيحة صنفان بيع عين يراها المشتري والبائع ، وبيع صفة مضمونة على البائع ، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشتري ؛ غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشتري كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التي باعه إياها ، أو مخالفة لتلك الصفة ، لأن بيع الصفات التي تلزم المشتري ما كان مضموناً على صاحبه ، ولا يتم البيع في هذا حتى يرى المشتري السلعة فيرضاها ويتفرقان بعد البيع من مقامها الذي رآه فيه ، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن في سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراض ، ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بعينها إلى أجل من الآجال قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالأجل ويجوز فيما حل لصاحبه ، وأخذه مشتريه ولزمه بكل وجه اهـ .

ونقل السبكي في فتاويه عن القفال قوله : أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقة بالسلم حتى يجب فيها قبض البدل في المجلس وقال : أما الرجل يؤاجر نفسه فالإجارة تجوز معيناً ، وفي الذمة ، فإن أجره معينا فلابد أن تكون المنفعة معلومة بأحد أمرين بتقدير العمل أو المدة ، والله تعالى أعلم .

فــرع في مذاهب العلماء فيمن استأجر أجيراً :
إن مذهبنا أن يكون الأجر معلوما لا جهالة فيه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر وقال أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك وإسحاق بن راهويه وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله

عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها ، اختارها القاضي . وهذا مذهب أبى حنيفة لأن ذلك مجهول ، وإنما جاز في الظئر لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة فى الذمة يجوز حالا ومؤجلا فى الذمة كالسلم ، والسلم يجوز حالا ومؤجلا ، فكذلك الاجارة فى الذمة . وان استأجر منفعة وأطلق وجبت المنفعة حالة ، كما اذا أسلم فى شيء وأطلق وجب حالا ، فان استأجر رجلا للحج فى الذمة لزمه الحج من سنته ، فان أخره عن السنة ـ نظرت ، فان كانت الاجارة عن حى ـ كان له أن يفسخ ، لأن حقه تأخر ، وله فى الفسخ فائدة ، وهو أن يتصرف فى الأجرة فان كانت عن ميت لم يفسخ ، لأنه لا يمكن التصرف فى الأجرة اذا فسخ العقد ، ولابد من استئجار غيره فى السنة الثانية ، فلم يكن للفسخ وجه ، وما عقد على منفعة معينة لا يجوز الا حالا ، فان كان على مدة لم يجز الا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد ، وان كان على عمل معين لم يجز الا فى الوقت الذى يمكن الشروع فى العمل لأن اجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع فى قبضها فكذلك الاجارة ، فان استأجر من يحج لم يجز الا فى الوقت الذى يتمكن فيه من التوجه ؛ فان كان فى موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وان كان فى موضع بعيد لا يدرك الحج الا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر الا فى الوقت الذى يتوجه بعده ، لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء .

فان قال : أجرتك هذه الدار شهرا لم يصح ، لأنه ترك تعيين المعقود عليه فى عقد شرط فيه التعيين ، فبطل كما لو قال : بعتك عبدا ، فان أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ، ثم أجرها منه الشهر الذى بعده قبل انقضاء الشهر الأول ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأنه اجارة منفعة معينة ، على مدة متأخرة عن العقد فأشبه اذا أجرها من غيره .

(والثانى) أنه يصح ، وهو المنصوص ، لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ولأن أحد شهريه لا ينفصل عن الآخر ، فأشبه اذا جمع بينهما فى العقد) .

الشرح قال المحاملى فى المجموع : لا يجوز أن يستأجره فى إجارة العين إلا فى الوقت الذى يتمكن فيه . وقال النووى : إن كان فى موضع قريب لم يجز استئجاره قبل أشهر الحج وإن كان فى موضع بعيد لم يستأجره إلا فى الوقت الذى يتوجه بعده لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء ، وقال أبو الطيب : لا يمكن إجارة إلا فى وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب . اهـ .

ومن هنا إذا لم يشرع فى الحج فى السنة الأولى لعذر أو لغير عذر ، فان كانت الإجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولا واحدا . وإن كانت فى الذمة ، فإن لم تتعين السنة فهو كتعيين السنة الأولى ، وعند بعض أصحابنا يجوز التأخر عن السنة الأولى ويثبت الخيار للمستأجر ، وإن عينا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحهما :

على قولين كما لو انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل (الأول) لا ينفسخ العقد وهو الأظهر (الثانى) ينفسخ قولا واحدا ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا .

وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر ، وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين ، وقد قال إمام الحرمين : وفيما ذكروه نظر لأنه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الأجرة بالفسخ ، وهذا استدراك على المصنف يجعل للورثة الحق فى أن يبذلوا الأجرة لأجير آخر ، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالى شيخه على هذا .

وقال البغوى وآخرون بوجوب مراعاة الولى المصلحة فى ذلك ، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الأجير أو هربه وإلا تركه وضمن ، وصحح الرافعى هذا وحمل الرافعى قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة الصرف إليه .

وقال أبو إسحاق المروزى : للمستأجر أن يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد إن كانت المصلحة تقتضيه . قال الرافعى : فإن نزل ما ذكروه على المعنى الأول ارتفع الخلاف وإن نزل على الثانى هان أمره .

قوله « لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة » قال النووى فى المنهاج: ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة . اهـ .

وذلك كإجارة هذه الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من غد ، وكذا إن قال : أولها من أمس ، وكإجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها إلا بعد مدة لمثلها أجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف إجارة الذمة كما مر ، ولو قال ـ وقد عقد آخر النهار : أولها يوم تاريخه لم يضر لأن القرينة ظاهرة فى أن المراد باليوم الوقت أو فى التعبير باليوم عن بعضه ، ويستثنى من المنع فى المستقبلة صور ، كما لو أجره ليلا ليعمل نهاراً. وهذا عرف شائع فى ديارنا إبان الحصاد وجنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الأرز وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى .

ومثله إجارة دار بغير بلد المتعاقدين ، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لأن استيفاء العقد لا يكون إلا صيفا ، وإذا لم يؤجرها فإنه الانتفاع بمقصوده . فلو أجر الشهر الثانى لمستأجر الشهر الأول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز فى الأصح لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر ، كما لو أجر منه السنتين فى عقد ، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الأول لأن الأصل عدمه ؛ فإن وجد ذلك لم يقدح فى الثانى .

فــرع فى جواز الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد . أفاد شمس الدين الرملى أن الأقرب منه الجواز لأنه نائبه .

وقال الزركشى :إنه الظاهر ، وهذا اذا لم يحصل فصل بين السنين ، والا فلا يصح ،وهذا يشمل الطلق والوقف ، نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثا فى عقد وثلاثاً فى عقد آخر قبل مضى المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكى والأذرعى وغيرهما عدم صحة العقد الثانى وإن قلنا بصحة إجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعا لشرط الواقف ، لأن المدتين المتصلتين فى العقدين فى معنى العقد الواحد وهذا بعينه يقتضى المنع فى هذه الصورة لوقوعه زائدا على

ما شرطه الواقف وان خالفه ابن الاستاذ وقال : ينبغى أن يصح نظراً إلى ظاهر اللفظ .

فـــرع مذهبنا أنه لا يصح إجارة المسلم للجهاد فى سبيل الله لحرب أعداء الدين ، لأن الجهاد فرض عليه مادام مستطيعا ، ولأنه إذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة ، ويصح للامام أن يستأجر غـير المسلمين لقتـال المسلمين من الكفار . ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج الى نية إلا الحج وتفرقة الزكاة أو تعليم قرآن ، وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنـه ، وتصح الاجارة للصوم عن الميت ، وتصح لذبح الهدى والأضاحى ونحوها ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالاذان .

قال الشربينى فى المغنى : ولا يصح الاستئجار للامامة ولو نافلة كالتراويح لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجـير ، ويصح استئجار بيت ليتخذه مصلى ، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة ، أما إذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصـح بلا خلاف ، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم قال الرملى وغيره : فزيارة قبر غيره أولى . هكذا أفاده الخطيب الشربينى وشمس الدين الرملى والشبراملسى فى شروحهم لمنهاج النووى ، وعزا الرملى إلى الماوردى هذا ووافقه عليه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل . فان اكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو اكترى من رجـل عقبة ليركب فى بعض الطريق دون بعض جاز . وقال المزنى : لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونا لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجز ، كما لو أكراه ظهرا فى مدة تتأخر عن العقـد ، والمذهب الأول ، لأن استحقاق الاسـتيفاء مقارن للعقد ، وانما يتأخر فى القسمة ، وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو باع من رجلين صبرةفانهيصح،وان تأخر حق أحدهما عند القسمة فان كان ذلك فى طريق فيه عادة فى الركوب والنزول ، جاز عليه العقد مطلقا ، وحملا فى الركوب والنزول على العادة ، لأنه معلوم بالعادة ، فحمل الاطلاق عليه كالنقد المعروف فى البيع ، وان لم يكن فيه عادة لم يصح ، حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد

منهما . لأنه غير معلوم بالعادة ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه ، فان اختلفا فى البادىء فى الركوب أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا فى الملك فقدم بالقرعة) .

الشرح التعاقب التناوب ، فينزل هذا نوبة وهذا نوبة . وفى الحديث « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار » والعقب بضم العين جمع عقبة ، أى نوبة .

قال الشافعى رضى الله عنه : فان تكارى منه لعبده عقبة فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال ، أو النهار دون الليل ، أو أراد ذلك به الجمال فليس ذلك لواحد منهما ، ويركب على مايعرف الناس العقبة ، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب ، ثم يركب بقدر مامشى ، ولا يتابع المشى فيفدحه ولا الركوب فيضر بالبعير اهـ . ويفهم من كلامه أن المقصد من عقد الاجارة تحقيق المنفعة للمستأجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمته .

قال النووى رضى الله عنه « ويجوز كراء العقب فى الأصح » وبيان ذلك أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبه المالك تناوبا ، أو يقول أجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ، ويبين البعضين فى الصورتين كنصف أو ربع مالم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة ثم يقتسمان بالتراضى ، فاذا تنازعا أيهما يبدأ أقرع بينهما ، لأنهما يملكان المنفعة معاً . ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة .

نعم شروط الصحة فى الأول تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ من مستقبل ، ومقابل الأصح فى قول النووى أوجه أصحها المنع لأنها إجارة أزمان متقطعة وفى الروضة أنه ليس لأحدهما أن يطلب المشى ثلاثا والركوب ثلاثاً للمشقة . اهـ .

فرع اذا استأجر سيارة أجرة ليركبها ذات حاسب (عداد) وأركب السائق فى الطريق راكباً آخر جاز للاول أن يمنعه وجاز له أن يأذن

له لأن هذا حقه والسيارة مستأجرة لحقه والحاسب يعمل لقيد ما عليه فإذا أذن للراكب الآخر أن يركب جاز له أن ينقص من كتب الحاسب بقدر ما استفاد الراكب الآخر فإذا منح السائق قدراً زائدا على كتب الحاسب كان متبرعا بذلك ولا يجب عليه ، وإذنه للراكب الآخر لندرة السيارات وللمعونة والرفق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع من التصرف ، فان حسب ذلك على المكرى زدنا عليه المدة ، وان حب على المكترى نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة فى خيار الشرط .

(والثانى) يثبت لأنه قدر يسير ، ولكل واحد منهما اسقاطه ، وان كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) لا يثبت فيه الخياران ، لأنه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار .

(والثانى) يثبت فيه الخياران ، لأن ابنفعة المعينة كالعين المعينة فى البيع، ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة .

(والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة فى الذمة فيه وجهان :

(أحدهما) لا يثبت فيه الخياران لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار .

(والثانى) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن الاجارة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، فكذلك الاجارة .

فصل وإذا تم العقد لزم ، ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب ، لأن الاجارة كالبيع ، ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة وبالله التوفيق) .

الشرح مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد وقال أبو حنيفة : يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار ، مثل أن يستأجر دارا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزا لمتاعه ثم يريد بيعه أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره . إلى ما أشبه ذلك من الأعذار ، فيجعل له بها فسخ الإجارة للعذر . ألا ترى أن من استؤجر لقلع فدانين من الحطب جاز للمستأجر فسخ الإجارة للعذر الطارئ ولم يجبر على قلع فدانيه . كذا كل عذر .

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل بتخصيصه ، ولأن كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمهما ما لم يحدث بالعوضين نقص كالبيع ، ولأن كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عذر كالزوج . ولأن كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر ولأنه عقد إجارة فلم يجز فسخه بعذر كالمؤجر ، ولأن للعقود نوعين ، لازمة فلا يجوز فسخها بعذر كالبيع ، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عذر كالقراض .

فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر وجب أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر .

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الإجارة ، وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً في عقود الإجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برئ ، فالجواب عنه هو أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ، وليس يجب عليه استيفاؤها ، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ، ولا يجبر علو سكناها ، فإن مكن من سكناها فلم يسكن فعليه الأجرة .

هذا أصل مقرر في الإجارة ؛ وإذا كان كذلك ــ فإن كان الضرس على

حال مرضه وألمه ــفقلعه مباح ، وللمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء ، فإن أبى المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه ، وقيل له : قــد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع ، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة السكنى ، وإن برىء الضرس فى الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة ، لأن قلعه قــد حــرم ، وعقــد الإجارة إنما يتنــاول مباحاً لا محظورا ؛ فصار محل العمل معــدوما ، فلذلك بطلت الإجارة كمــا لو استأجر لخياطة ثوب فتالف ، إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين تعــذره بالحظر .

فإذا تقرر أن عقد الإجارة من العقود اللازمة ، وأن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه ، وقال أبو حنيفة : يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز فى البيع لأنهما معاً من عقود المعاوضات .

ودليلنا : هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيــه كالنكاح ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس متابعا للمعقود عليه مع بقاء العقد فى جميعه فلم يصح ، كما لو شرط فى ابتياع جوادين أنه إن تلف أحدهما فى يد البائع لم يبطل البيع . ولأن المعقود إذا لم يبق جميعه فى مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياسا على بيع الطعام الرطب .

فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدى معاوضة . فعلى هذا إن أخرها المؤجر من غير المستأجر فى خيار المجلس صحت الإجارة الثانيــة وكان ذلك فسخا للإجارة الأولى . هكذا أفاده الماوردى .

وقال بعض أصحابنا : تفسخ الإجارة الأولى ، ولا تصح الإجارة الثانية، لتقدم الفسخ لأنه لا يصير العمل الواحد فسخا وعقدا لتنافيهما . ولهــذا القول وجه فإن كان المذهب هو أن استقرار العقد الثانى يوجب فسخ العقد

الأول بالتأهب للثانى . فعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت إجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه . لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر لهم وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشترى بيع ما لم يقبضه .

(والوجه الثانى) أن خيار المجلس لا يدخله ، ويصير العقد بالبذل والقبول لازما ، لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبه خيار الشرط . فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجز . ولو آجره المستأجر ـ فإن كان بعد القبض ـ جاز . وإن كان قبله ، فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز لمقارنته البيع فى الخيار ففارقه فى القبض .

(والوجه الثانى) لا يجوز لكون المنفعة مضمونة على المستأجر فأشبه ضمان المبيع على البائع وان فارق البيع فى حكم الخيار وهذان الوجهان فى إجارة ما لم يقبض مبنى على اختلاف أصحابنا فى عقد الإجارة هل تناول الدار المؤاجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة ؟ فقال أبو إسحاق المروزى : عقد الإجارة إنما تناول الدار الموجودة ، لأن المنافع غير مخلوقة فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع .

(والوجه الثانى) وهو الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لأن العوض فى مقابلتها ، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكما ، وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضى المدة ، فعلى هذا تجوز إجارتها قبل قبضها .

وقال النووى : لا تنفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضا لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة فليس له الفسخ ، ولا حط شىء من الأجرة ، وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين فى المستقبل لا الماضى فى الأظهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكرى ما يحتاج اليه المكترى للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التى فى أنفه والحزام والقنب والسرج واللجام للفرس ، لأن التمكين عليه ، ولا يحصل التمكين الا بذلك ، فان تلف شىء منه فى يد المكترى لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكرى بدله لأن التمكين مستحق عليه الى أن يستوفى المستأجر المنفعة وما يحتاج اليه لكمال الانتفاع ، كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكترى ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر ، فمنهم من قال : هو على المكرى لأنه من آلة التمكين ، فكان على المكرى ، ومنهم من قال : هو المكترى لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه الى بعض) .

الشرح قوله (برة) محدوفة اللازم وهى حلقة تجعل فى أنف البعير تكون من النحاس ونحوه ، وأبريت البعير جعلت له برة ، وقوله (القماش) وهو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء ، حتى يقال لرذالة الناس قماش ، وما أعطانى إلا قماشاً ، أى أردأ ما وجده (أفاده فى القاموس) .

وقوله فى ترجمة الباب (ما يلزم المتكاريين) ما يتعين لدفع الخيـار ، فعلى المكرى تسليم مفتاح ضبة الدار إلى المكترى لتوقف الانتفاع عليـه وهو أمانة بيده . فإن تلف ولو بتقصير فعلى المكرى تجديده ، فان امتنـع لم يجبر ولم يأثم وينبنى على ذلك سؤال : هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ ففى هذه الصورة نظر ، وقد تتوجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب كأن أمكن التسلق من الجدار ، وعلى القول بالصحة هل يثبت الخيار للجاهل كأن رآها قبل سد بابها ثم استأجرها اعتماداً على الرؤية السابقة ؟ قلنا : يثبت له الخيار وجها واحداً .

فأما القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه مقفول وليس بتابع كما أن عليه ــ مبنيا على أصل المذهب ــ إضاءة المدخل واستكمال المرافق الصحية ، فان لم يفعل لم يجبر ، وكان المكترى بالخيار ، والمستأجر عليـه كنس السلم والفناء لأن ذلك ميسور له .

فــرع على المكرى إبدال خشبه إن كسر وتبليط الحمام ومجرى الماء لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع ، وتركيب الأبواب ــ إذا قلنا : لا ينتفع بدونها ــ وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى ، وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً منهما لأن الانتفاع ممكن بدونه ــ وبكل ماقلنا قال أحمد وأصحابه إلا أنهم قالوا : إذا فرط المكترى فان عليه الضمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وعلى المكرى اشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده ، لأن العادة أنه يتولاه المكرى فحمل العقد عليه ، وعليه أن ينزل الراكب للطهــارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر ، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل، لأنه يمكن فعله على الظهر ؛ وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشــيخ الضعيف ، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع ، فكان عليه .

فأما أجرة الدليل فينظر فيه ــ فان كانت الاجارة على تحصيل الراكب ــ فهو على المكرى ؛ لأن ذلك من مؤن التحصيل ؛ وان كانت الاجارة على ظهــر بعينه فهو على المكترى ، لأن الذى يجب على المكرى تسليم الظهر وقد فعــل ، وعلى المكرى تسليم الدار فارغة الحش ، لأنه من المقتضى التمكين ، فان امتلأ فى يد المكترى ففى كسحه وجهان :

(أحدهما) أنه على المكرى ، لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه .

(والثانى) أنه على المكترى لأنه حصل بفعله ، فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القماش وعلى المكرى اصلاح ما تهدم من الدار ، وابدال ما تكسر من الخشب ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه .

واختلف أصحابنا فى المستأجرة على الرضاع ، هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق ؟ فمنهم من قال : يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع ، فاستحقت بالعقد على الرضاع ، ومنهم من قال : لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفــرد احداهما عن الأخرى ، فلا تلزم بالعقد على احداهما الأخرى ، وعليها أن تاكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمستأجر أن يطالبها بذلك ، لأنه مــن مقتضى التمكين من الرضاع ، وفى تركه اضرار بالصبى .

(فصــــل) وعلى المكرى علف الظهر وســـقيه ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه ، فان هرب الجمال وترك الجمال ، فللمستأجر أن يرفــع

الأمر الى الحاكم ليحكم فى مال الجمال بالعلف ، لأن ذلك مستحق عليه ، فجاز أن يتوصل بالحكم اليه . فان أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم ، لم يرجع لأنه متطوع ، وان رفع الأمر الى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه ، فان اقترض من المستأجر وقبضه منه ثم دفعه اليه لينفق جاز ، وان لم يقبض منه ولكنه أذن له فى الانفاق عليها قرضاً على الجمال ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه اذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله فى استحقاق حق له على غيره .

(والثانى) يجوز لأنه موضع ضرورة ، لأنه لابد للجمال من علف ، وليس ههنا من ينفق غيره ؛ فان اذن له وأنفق ثم اختلفا فى قدر ما أنفق ــ فان كان ما يدعيه زيادة على المعروف ــ لم يلتفت اليه ، لأنه ان كان كاذباً فلا حق له ، وان كان صادقا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى ، وان كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لأنه مؤتمن فى الانفاق فقبل قوله فيه ، فان لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد لم يرجع لأنه متطوع ، وان أشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يرجع لأنه يثبت حقا لنفسه على غيره من غير اذن ولا حاكم .

(والثانى) يرجع لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل اليه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ــ فان لم يجد من يشهد ــ أنفق ، وفى الرجوع وجهان :

(أحدهما) لا يرجع ، لما ذكرناه فيه اذا أشهد .

(والثانى) يرجع ، لأن ترك الجمال مع العلم أنه لابد لها من العلف اذن فى الانفاق) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه فى كراء الإبل والدواب من الأم : وعلى المكرى أن يركب المرأة البعير باركاً وتنزل عنه باركا ، لأن ذلك ركوب النساء ، أما الرجال فيركبون على الأغلب من ركوب الناس ، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصليها غير معجل له ولما لابد له منه كالوضوء وليس عليه أن ينتظره لغير ما لابد له منه . قال : وليس للجمال إذا كانت القرى هى المنازل أن يتعداها إن أراد الكلأ ، ولا للمكترى إذا أراد عزلة الناس ، وكذلك إن اختلفا فى الساعة التى يسيران فيها ، فإن أراد الجمال أو المكترى ذلك فى حر شديد نظر إلى مسير الناس بقدر المرحلة التى يريدان .

وقال الشافعي رضى الله عنه : وعلف الدواب والإبل على الجمال أو مالك الدواب ، فإن تغيب واحد منهما فعلف المكترى فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان ، وينبغي للسلطان أن يوكل رجلا من أهل الرفقة بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابة والإبل وإن ضاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب فإن قال قائل : يأمر الراكب أن يعلف لأن من حقه الركوب والركوب لا يصح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب الدابة ، وهذا موضع ضرورة ، ولا يوجد فيه إلا هذا ، لأنه لابد من العلف وإلا تلفت الدابة ولم يستوف المكترى الركوب كان مذهباً .

ثم قال الشافعي رضى الله عنه : وفى هذا أن المكترى يكون أمين نفسه ، وأن رب الدابة إن قال : لم يعلفها إلا بكذا ، وقال الأمين : علفتها بكذا لأكثر ، فإن قبل قول رب الدابة فى ماله سقط كثير من حق العالف ، وإن قبل قول المكترى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره ، وإن نظر إلى علف مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكترى من أن يكون القول قولهما ، وقد ترد أشباه من هذا فى الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس ، وأن القياس ضعيف ، وقد ذكر فى غير هذا الموضع ، ويقولون : يقضى بين الناس بأقرب الأمور فى العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدماً من حكم يتبعه .

قال الشافعي رضى الله عنه : فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره الرأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا فى بعض أقاويلهم وإن لم يجز فقد يترك أهل القياس القياس ، والله تعالى أعلم .

فـــرع إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلأت حشوشها فالذى عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين . قال الماوردى : والذى عندى وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر ، لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك

انطمام الآبار ، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه ، ولو امتنع المؤجر عما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه ، وكان المستأجر بالخيار ، والله أعلم بالصواب .

فرع مما أدخلته مقتضيات التمدين فى هذا العصر بناء البيوت الشاهقة والطباق المتسامقة وقد أوجب نظام الترخيص بالبناء أن كل دار تزيد طباقها على خمسة أن ينشىء مالك الدار مصعداً كهربيا وعليه أن يدخل فى كل بيت (شقة) مياهها ووصلات إضاءتها وعلى المكترى بذل ثمن مااستهلك من قدر الماء والنور ، وهما على ما شرطا فى العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واختلف اصحابنا فى رد المستأجر بعد انقضاء الاجارة ، فمنهم من قال : لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له فى امساكها ، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها ، فان قلنا : لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة ، وان قلنا : يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية .

فصل وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، لأن اطلاق العقد يقتضى المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فان استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع ، لأن ذلك متعارف فى السكنى ، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ، ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح فى أصول حيطانها الرماد والتراب ، لأن ذلك غير متعارف فى السكنى ، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع اليه الفساد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأن الفار ينقب الحيطان للوصول الى ذلك .

(والثانى) يجوز ، وهو الأظهر ؛ لأن طرح ما يسرع اليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف فى سكنى الدار ، فلم يجز المنع منه ، وان اكترى قميصاً للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل ، ويجوز بالنهار ، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار .

وان استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقيا ولا منكباً ، لأن ذلك هو المتعارف ، وان كان فى طريق العادة فيه السير فى أحد الزمانين من ليل أو نهار، لم يسر فى الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف ، وان اكترى ظهراً فى طريق العادة فيه النزول للرواح ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه النزول لأنه متعارف ، والمتعارف كالمشروط .

(والثانى) لا يلزمه ، لأنه عقد على الركوب فى جميع الطريق ، فلا يلزمه تركه فى بعضه . فان اكترى ظهراً الى مكة لم يجز أن يحج عليه ، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه ، وان اكتراه للحج عليه ، فله أن يركبه الى منى ثم الى عرفة ثم الى المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة ، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً الى منى للمبيت والرمى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له ذلك لأنه من تمام الحج .

(والثانى) ليس له ، لأنه قد حل لحج) .

الشرح قد عرفنا مما سبق الشواهد والأدلة والنصوص أن عقد الإجارة يصح على العين مدة تبقى بصفاتها غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة .

قال البغوى : إلا أن الحكام اصطلحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف . قال السبكى : ولعل سببه أن إجارة الوقف تحتاج إلى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب . وللمستأجر فى إجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد أمانة فيأتى فيما مر فى الوديع مدة الإجارة إن قدرت بزمن ، أو مدة إمكان استيفاء المنفعة إن قدرت بمحل عمل لعدم إمكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة فجاز له استيفاؤها حيث شاء وظاهره عدم الفرق بين إجارة العين والذمة وهو ظاهر ، والذمة وهو محتمل ، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذاً مما مر فى الوديعة .

ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لأن العين أمانة فى يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة إلى مكة فتذهب من المكترى بسرق أو ذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن . ا هـ

فإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد فى قول ، غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع ، وفارق العارية فإنه عليه أن يردها من حيث أخذها ،

ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانة كالوديعة ، إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه .

والقول الآخر : يضمن إذا انتهت مدة الإجارة لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها ، فإن ضمن المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

وروى عن ابن عمر أنه قال (لا يصلح الكراء بالضمان) وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، إلا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن ، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه .

فــرع إذا أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها ؟ أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض فخالف ضمن لأنه متعد لشرط كرائه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً فحمل قفيزين ، فإذا كانت العين داراً فلا يصح أن يقتنى فيها ما يؤدى إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذى جعل بعض الأصحاب يمنع أن يكون فى متاعة بعض المأكولات التى تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من إحداث شقوق فى جدار البيت ، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل مأكولات الإنسان تغرى الفيران وتجتذبها إليها ولذا فقد عفى فى الأصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ، ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه .

فــرع يشترط فى إجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير

كل يوم وكونه ليلا أو نهاراً والنزول فى عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصاً منه لخوف لحوق ضرر منه ولو كان ظنا جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والإياب فإنه لا تحسب عليه مدة إقامتها لخوف إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة ، فينزل عليها ، فإن لم تنضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، وإلا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، وحينئذ يتعذر الاستئجار فى طريق مخوفة لا منازل فيها .

فــــرع من اكترى مطية ليحج عليها فله الركوب عليها إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليها إلى منى لأنه من تمام الحج ، وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى له ذلك لأنه فى تمام الحج وتوابعه ، ولذلك وجب على من وجب دون غيره فدخل فى قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء إلى الحج لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالباً فكان بمنزلة المكترى للحج ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكارى رجل محملا من المدينة إلى مكة فشرط سيراً معلوما فهو أصح ، وإن لم يشترط فالذى أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزمان المراحل لأنها الأغلب من سير الناس ، فإن قال قائل . كيف لا يفسد فى هذا الكراء والسير يختلف ؟ قيل : ليس للإفساد ههنا موضع ، فإن قال : فبأى شىء قسته ؟ قيل : بنقد البلد ، البلد له نقد وصنج وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالدراهم ولا يشترط نقداً بعينه ، ولا يفسد البيع ، ويكون له الأغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) فان اكترى ليحمل له أرطالا من الزاد فهل له أن يبدل ما يأكله ؟ فيه قولان :

(أحدهما) له أن يبدل ، وهو اختيار المزنى ، كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء .

(والثانى) ليس له أن يبدله ، لأن العادة أن الزاد يشترى موضعاً واحداً بخلاف الماء . قال أبو اسحاق : هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد فى المنازل ، فاما اذا كانت قيمته تختلف فى المنازل ، جاز له أن يبدله قولا واحداً ، لأن له غرضاً أن لا يشترى موضعاً واحداً .

(فصل) وان اكترى ظهرا فله أن يضربه ويكبحه باللجام ، ويركضه بالرجل للاستصلاح ، لما روى جابر قال : ((سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منى بعيراً وحملنى عليه الى المدينة ؛ وكان يسوقه وأنا راكبه وانه ليضربه بالعصا)) ولا يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك ، فجاز له فعله .

(فصل) وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها فى الضرر ، ولا يملك أن يستوفى ما فوقها فى الضرر ، فان أكترى ظهراً ليركبه فى طريق فله أن يركبه فى مثله وما دونه فى الخشونة ، ولا يركبه فيما هو أخشن منه ، فان استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة ، فله أن يزرع مثلها وما دونها فى الضرر ولا يزرع ما فوقها ، لأن فى مثلها يستوفى قدر حقه ، وفيما دونها يستوفى بعض حقه ، وفيما فوقها يستوفى أكثر من حقه ، فان اكترى ظهرا ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد ، لأنه أضر على الظهر من القطن ، لاجتماعه وثقله ، فان اكتراه للحديد ، لم يحمل عليه القطن ، لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر . فان اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عرياً لأن ركوبه عرياً أضر ، فان اكتراه عرياً لم يركبه بسرج ، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، فان اكترى ظهراً ليركبه لم يجز أن يحمل عليه المتاع ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه ، فان اكتراه لحمل المتاع لم يجز أن يركبه ، لأن الراكب أشد على الظهر لأنه يعقد فى موضع واحد ، والمتاع يتفرق على جنبيه ، فان اكترى قميصاً للبس لم يجز أن يتزر به ، لأن الاتزار أضر من اللبس لأنه يعتمد فيه على طاقين ، وفى اللبس يعتمد فيه على طاق واحد ، وهل له أن يرتدى به ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه أخف من اللبس .

(والثانى) لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار .

(فصل) وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره ، فان اكترى داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله ، ومن هو دونه فى الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، فان اكترى ظهراً ليركبه ، فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ، ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه فى الفصل قبله) .

الشرح حديث جابر رواه البخارى ومسلم بلفظ « أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه ، قال : ولحقنى النبى صلى الله عليه وسلم فدعا لى وضربه فسار سيرا لم يسر مثله فقال : بعنيه ، فقلت لا ، ثم قال : بعنيه فبعنه واستثنيت حملانه إلى أهلى » وفى لفظ لأحمد والبخارى « وشرطت ظهره إلى المدينة » وتمام الحديث فى الصحيحين « فلما بلغت أتيته فنقدنى ثمنه ثم رجعت فأرسل فى أثرى فقال : أترانى ماكستك لآخذ جملك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك » .

أما الأحكام ففى هذه الطائفة من الفصول فإنه إذ اكترى دابة فى الذمة فإنه لا خيار فى عقدها إذا وجد بالدابة عيباً ، لأن المعقود عليه فى الذمة بصفة السلامة ، والمعقود عليه هنا غير سليم فإذا لم يرض به رجع إلى ما فى الذمة، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار ، كما ذكر ذلك الأذرعى ، ويختص المكترى بما تسلمه فله إيجار ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء . فإذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فإنه يلزم ثبوته للطعام المحمول ليؤكل فى الطريق إذا لم يتعرض فى العقد لإبداله ولا لعدمه فإنه يبدل إذا أكل فى الأظهر عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا . وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل . لعدم اطرادها .

(والثانى) لا ، لأن العادة عدم الإبدال للزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل جزما .

نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الشرط ، ولو شرط قدرا فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكى أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعاً للشرط . ويحتمل أن له ذلك للعرف لأنه لم يصرح بحمل الجميع فى جميع الطريق . قال : وهو الذى إليه نميل . وخرج بعض الفقهاء ما يحمل عما يؤكل ، وما حمل فتلف قبل الوصول فإنه يبدل قطعاً .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اختلفا فى الرحلة رحل لا مكبوباً ولا مستلقياً ، وإن انكسر المحمل أو الظل أبدل محملا مثله ، أو ظلا مثله وإن اختلفا فى الزاد الذى ينفد بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه فالقياس

أن يبدل له حتى يستوفى الوزن ـ وقال : ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلا ولا يبدل مكانه كان مذهبا والله تعالى أعلم ـ من مذاهب الناس .

فـــرع يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، ويكبحها باللجام وحثها على السير بحسب طبيعتها ، فان كانت من النوع الذى قال فيه علقمة .

فأدركها ثانيـاً من عنانه يمر كمر الرائح المتحلب

فليس له أن يضربها لإدراكها المقصود مع راحة الراكب فى سرعتها وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرىء القيس :

فللساق ألهوب والسوط درة وللزجر منه وقع أهوج منعب

إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منعب ، وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه ، وكان أبو بكر رضى الله عنه يحرش بعيره بمحجنه . قال الشافعى رضى الله عنه وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضربها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سئل أهل العلم بالركوب . فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامة فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقه ولا شىء عليه ، وإن فعل ذلك عند الحاجة إليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله فى الموضع الذى لا يفعل فى مثله ضمن فى كل حال من قبل أن هذا تعد . والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمنه . فإن أراد صاحبه أن يضمنه العارية فهو ضامن تعدى أو لم يتعد .

وأما الرائض فإن من شأن الرواض الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير ، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعل الركاب غيرهم . فاذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضة إصلاحا وتأديبا للدابة بلا إعناف بين لم يضمن إن عيت وإن فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابة هكذا كالمكترى فى ركوبها إذا تعدى ضمن ،

وإذا لم يتعد لم يضمن ثم قال : والذى نأخذ به فى المستعير أنه يضمن تعدى أو لم يتعد ، لحديث النبى صلى الله عليه وسلم « والعارية مضمونة مؤداة » وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم ا هـ .

هذا وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب . وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه . ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف . وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبى لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

فـــرع إذا اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع ولأنه متعد فلرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق .وإن اكترى لحمل القطن فحمل بوزنه حديدا أو حديدا فحمل بوزنه قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه ، فإذا أكراه لحمل قفيزين فحملها فوجدهما ثلاثة ، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه . فلو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلها فى محل واحد ، وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر ، فضررهما مختلف ، وكذا كل مختلفى الضرر كما قلنا فى الحديد والقطن .

فلو اكترى لعشرة أقفزة شعيرا فحمل عشرة أقفزة حنطة لأنها أثقل دون عكسه بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيراً من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف ، فلو اكترى لحمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة لتعديه ، وإن تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن صاحبها معها لكونه غاصبا لها بحمل الزيادة .

فإن كان صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان

جناية لاسيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لاختصاص يده بها ، ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها فى يد مالكها ، وفى قول يضمن نصف القيمة توزيعاً على الرءوس . ولو سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها جاهلا بالزيادة ، كأن قال : له مائة فصدقه ضمن المكترى القسط وأجرة الزيادة على المذهب إذ المكرى لجهله صار كالآلة بتأثير تدليس المكترى .

(والطريق الثانى) أنه على القولين فى تعارض الغرر والمباشرة ، فإن كان عالما كأن وزن المؤجر وحمل ، أو رأى المكترى يكيل ويحمل ، أو أعلمه المكترى بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان إن تلفت ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، إلا أنهم اختلفوا فى أجر القدر الزائد على العقد على وجهين (أحدهما) لا أجر له كمذهبنا (والثانى) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة فى البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجرة . قالوا وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره ففى وجوب الأجر وجهان عندهم .

فرع قال النووى (رض) : وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره قلت : وينبغى أن يكون غيره أمينا ، فلو شرط المكرى استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد ، لأن المكترى يملك المنفعة فلا ينازعه فيها المكرى ، ومثله كمثل من يشترط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه ، فله أن يركب ويسكن من هو مثله فى الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى . لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة . ولا يسكن حداداً ولا قصارا لما يحدثه القصار من الدق والإزعاج وتأثير الدق فى المبنى والإزعاج للجار .

قال الرملى : إلا إذا قال : لتسكن من شئت كازرع ما شئت ، ونظر فيه الأذرعى فقال : إن مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الإذن فى الإضرار ، وقد رد الرملى بأن الأصل خلافه كما لا يجوز إبدال ركوب بحمل ويجوز عكسه، وإن قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر . وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى .

قال الشافعي مقررا : وهم يزعمون أن رجلا لو تكارى من رجل بيتا لم يكن له أن يعمل فيه رحى ولا قصارة ولا عمل حدادين لأن هذا مضر بالبناء، فإن عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت ، وإن سلم البيت فله أجره . ويزعمون أن من تكارى قميصا فليس له أن يأتزر به ؛ لأن القميص لا يلبس هكذا ، فإن فعل فتخرق ضمن قيمة القميص ؛ وإن سلم كان له أجره ، ويزعمون أنه لو تكارى قبة لينصبها فنصبها في شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها . فإن عطبت ضمن وإن سلمت فعليه أجرها مع أشياء من هذا الضرب يكتفى بأقلها حتى يستدل على أنهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضت به الآثار ، ومما فيه صلاح الناس . ا هـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفى مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الاجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت .

(والثانى) أن الاجارة جائزة ، والشرط باطل ؛ لأنه شرط لا يؤثر فى حق المؤجر ، فالغى وبقى العقد على مقتضاه .

(والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم ؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

(فصل) وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة اذا قبضها لأن الاجارة كالبيع ، وبيع المبيع يجوز بعد القبض ، فكذلك اجارة المستأجر ، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره ، وهل يجوز قبل القبض ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض .

(والثانى) يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين ، فلم يؤثر فيها قبض العين .

(والثالث) أنه يجوز اجارتها من المؤجر لأنها فى قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست فى قبضته ، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر ، لأنا بينا أن الاجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال ، وبأقل منه وبأكثر منه ، فكذلك الاجارة .

(فصـــل) وان استأجر عيناً لمنفعة فاستوفى أكثر منها ــ فإن كانت زيادة تتميز ــ بأن اكترى ظهراً ليركبه الى مكان فجاوزه أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً ، لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثـــل لما زاد ، لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى ، واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها ، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزاً ، فان كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها دخناً ــ فقد اختلف أصحابنا فيه ــ فذهب المزنى وأبو اسحاق الى أن المسئلة على قولين :

(احدهما) يلزمه أجرة المثل للجميع ، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه الى غيره ، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضاً للزراعة فزرع أرضا أخرى .

(والثانى) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة ، لأنه استوفى ما اســتحقه وزيادة ، فأشبه اذا استأجر ظهراً الى موضع فجاوزه ، وذهب القاضي أبو حامد المروروذى الى أن المسئلة على قول واحد ، وأن صاحب الارض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة ، وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع ، لأنه أخذ شبها ممن استأجر ظهراً الى مكان فجاوزه ، وشبها ممن اكترى أرضــاً للزرع فزرع غيرها ، فخير بين الحكمين .

(فصـــل) وان أجره عيناً ثم أراد ان يبدلها بغيرها لم يملك لان المستحق معين فلم يملك ابداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها) .

الشرح إذا اشترط ألا يستوفى فى المنفعة مثلهــا أو ما دونهــا أو اشترط أن لا يستوفيها بمثله أو من دونه ، فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الإجارة باطلة لاشتراط ما ينافى موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمراً كأن قال : أتكارى منك محملا أو زاملة على المنصوص فى الأم ،فإن هذا الشرط يبطل العقد ، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فما دونها بكذا فان هذا البيع باطل ، لأنه ينافى موجب العقد الذى يوجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه ، والشرط ينافى ذلك فكان باطلا .

(والوجه الثانى) أن الإجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر فى حق المستأجر من استيفاء المنفعة . وفارق البيع . لأن البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة وبهذا قال أحمد . لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

(والوجه الثالث) صحة الشرط وصحة العقد لأن المستأجر يملك المنفعة من قبل المؤجر فليس للمستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فلزمه الشرط وصحت الإجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب ، ونصه فى الأم على ما سيأتى .

فرع يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها إذا قبضها ، ونص أحمد على ذلك . وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سليمان بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وذكر القاضى من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن ، والمنافع لم تدخل فى ضمانه ولأنه عقد على ما لم يدخل فى ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والأول أصح ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ، وقياس الرواية الأخرى باطل على هذا الأصل .

اذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه فى الضرر لما مضى فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر فى أحد الوجوه الثلاثة عندنا وأحد الوجهين عند الحنابلة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر فى جواز العقد عليها القبض كالأعيان .

(والوجه الثانى) يجوز لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه ، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر ــ وهو الوجه الثالث عندنا وهو قول عند الحنابلة ــ فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها (والثانى) يجوز لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبى ، وأصلهما : بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة . وبهذا قال أحمد والشافعى رضى الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز لأن ذلك يؤدى إلى

تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على الكراء ، فإذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .

دليلنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكروه لا يصح لأن التسليم قد حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها ، فإن قيل : التسليم ههنا مستحق فى جميع المدة بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها بسبب كان فى ضمانه.

فــرع ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجرة وزيادة ، وهذا قول أحمد والشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى . وفى رواية لأحمد . إن أحدث فى العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة ، وروى هذا عن الشعبى والثورى وأبى حنيفة لأنه يربح فيما لم يضمن .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا أذن له فيها المالك جاز ، وإذا لم يأذن لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبى والنخعى الزيادة مطلقاً لدخولها فيما لم يضمن ، دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه .

وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت فى ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه . فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح ، وههنا جائز فى الجملة . وتعليلهم بأن الربح فى مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد فى أجرها فى العادة .

فــرع كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى تلك المنفعة وما دونها فى الضرر . هذا ما سبق أن بيناه ، وبه قال أحمد . ولا نعرف فى ذلك مخالفا ، ومتى فعل ما ليس له كان ضامناً ، وقد ضرب المصنف مثلا بالأرض

يستأجرها ليزرعها حنطة فزرعها دخنا . قال الماوردى فى الحاوى الكبير [1] بعد أن أورد قول الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولو اكتراها ليزرعها قمحا فله أن يزرعها ما لا يضر بالأرض إضرار القمح ، وهذا كما قال : إذا استأجر أرضا ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، وليس له أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة . وقال داود بن على لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة ، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالا بقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » فلم يجز العدول عما تضمنه العقد قال : ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد ، كذلك فى إجارة الأرض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة .

ودليلنا أن ذكر الحنطة فى إجارة الأرض انما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفائه ، ألا تراه لو تسلم الأرض ولم يزرعها لزمته الأجرة ، فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة فقدرت به فى العقد وبغيره جاز كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزا غيره ، وكما لو استأجر ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها . ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر ومنفعة يملكها المستأجر ، فلما جاز للمؤجر أن يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعة كيف شاء بزرعها الحنطة وغير الحنطة ، وبإعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها .

فأما استدلاله بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » فمثل الحنطة ما يتضمنه العقد بما دللنا . وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فهكذا فى الإجارة ، فهو أن الفرق بينهما فى التعيين متفق عليه ، لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها والحنطة لا تتعين فى عقد الإجارة

---

(1) الحاوى الكبير مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية ذات أربعة وعشرين مجلدا ومن نوعها المجلد الأول فى دار الكتب الأزهرية والحاوى الصغير مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية ذات أربعة عشر مجلدا . على أن نقولنا التى اعتمدناها هنا فى التكملة هذه من الحاوى الكبير ، ولم يتسع وقتنا لتصفح الحاوى الصغير .

وإنما الخلاف فى تعيين جنسها لاقراره لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العدول إلى غيرها من الحنطـة ، فكذلك يجـوز أن يعـدل إلى غـير الحنطة . اهـ .

فإذا تقرر هذا لم يخل حال المسـتأجر ليزرع الأرض حنطـة من ثلاثة أقسام :

١ ــ أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها ، فيجـوز له مع موافقـة داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، إلا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيداً .

٢ ــ أن يستأجر لزرع الحنطة ويغفل ذكر ما سوى الحنطة مما ضرره أكثر من الحنطة أو أقل .

٣ ــ أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبى هريرة (أحدها) أن الإجارة باطلة (والثانى) أن الاجارة جائزة والشرط باطل ، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لأنه لا يؤثر فى حق المؤجر ما بقى (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم ، وليس له أن يزرعها غير الحنطة لأن منافع الاجارة إنما تملك بالعقد على ما سمى فيه ؛ ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع قال الشافعى : وإن كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له ، فإن فعل فهو متعد ورب الأرض بالخيار إن شاء أخذ الكراء وما نقص الأرض على ما ينقصها زرع القمح ويأخذ منه كراء مثلهـا . قال المزنى : يشبه أن يكون قوله الأول أولى ، لأنه أخذ ما كرى وزاد على الكرى ضرراً ، كرجل أكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل سقفه فجعل فيه أكثر .

إذا عرف هذا فإنه إذا استأجر أرضاً لزرع حنطة لم يكن له أن يزرعها ولا أن يغرسها ما هو أكثر ضرراً منها لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب ، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتهـا ، إن غصبت أو

تلفت بسبيل ؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى حامد الاسفرايينى أنه يضمنها لأنه قد صار بالعدول عما استحقه غاصباً ، والغاصب ضامن .

(والثانى) وهو الأصح ، أنه لا يضمن رقبة الأرض لأن تعديه فى المنفعة لا فى الرقبة ، فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالأجرة فالذى نص عليه الشافعى أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض وبين أن يأخذ أجرة المثل . فاختلف أصحابنا ، فكان المزنى وأبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة يخرجون تخيير الشافعى على قولين (أحدهما) أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدى الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها ، فلما كان بعدوله عن الأرض إلى غيرها ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة .

(والقول الثانى) أنه يرجع بالمسمى من الأجرة ، وينقص الضرر الزائد على الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد ؛ فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل فى الزيادة وقال الربيع وأبو العباس بن سريج وأبو حامد المروروذى : إن المسألة على قول واحد ، وليس التخيير فيه اختلافاً للقول فيهما ، فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيراً به بين المقام أو الفسخ فأما المزنى فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض . وتابعه أبو إسحاق المروزى واستدلا بمسألتين :

(إحداهما) أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها فهذا أمر ينظر ، فإن استأجر أسفل البيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلا ، أو عدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه ، لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول عن الجنس ، وإن كان علو البيت تكون فيه الحمولة على سقفه ، فإن كانت الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلا فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الأجرة وأجرة مثل الزيادة .

وإن كان قد استأجر لمائة رطل قطنا فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز ، لأن القطن يتفرق على السقف والحديد يجتمع فى موضع منه ، فكان أضر فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا فى القولين .

(والمسألة الثانية) من دليل المزنى على اختيار أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رجى ، فهذه زيادة ضرر لا تتميز فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا فى القولين . قال الماوردى : ليس للمزنى من دليل فيما استشهد به من مذهب ولا حجاج .

فــرع قوله : وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها الخ قال الشافعى فى الأم : وإذا تكارى إبلا بأعيانها ركبها ، قال : وإن تكارى حمـولة ولم يذكر بأعيانها وركب ما يحمله ، فإن حمله على بعـــير غليظ فإن كان ذلك ضرراً متفاحشاً أمر أن يبدله ، وإن كان شبيها بما يركب الناس لم يجبر على إبداله . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان استأجر أرضـاً مدة للزراعـة فاراد أن يزرع مالا يستحصد فى تلك المدة ، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز ، وللمؤجر أن يمنعه من زراعته فان بادر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ، ويحتمل عندى أنه لا يجوز منعه من الزراعة ، لأنه يستحق الزراعة الى أن تنقضى المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة ، ولأنه لا خلاف أنه ان سـبق وزرع لم يجبر على نقله ، فلا يجوز منعه من مزارعته .

فصـــل وان اكترى أرضاً مدة للزرع لم يخل اما أن يكون لزرع مطلق او لزرع معين ، فان كان لزرع مطلق فـزرع وانقضت المدة ولم يستحصـد الزرع ـ نظرت ، فان كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد فى تلك المدة أو صنفا يستحصد فى المدة الا أنه أخر زراعته ـ فللمكرى أن يأخـذه بنقله ، لأنه لم يعقد الا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليهـا لتفريط المكترى ، فان لم يستحصد لشدة البرد او قلة المطر ففيهوجهان :

(أحدهما) يجبر على نقله ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة فى مدة الاجارة ، فاذا لم يفعل لم يلزم المكرى أن يستدرك له ما تركه .

(والثانى) لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه تأخر من غير تفريط منه ، فان قلنا : يجبر على نقله وتراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز ، لأن النقل لحق المكرى وقد رضي بتركه ، وان قلنا : لا يجبر فعليه المسمى الى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل . لما زاد لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمؤجر فى تفويت منفعة أرضه .

فان كان لزرع معين لا يستحصد فى المدة وانقضت المدة والزرع قائم ـ نظرت ، فان شرط عليه القلع ـ فالاجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة ، ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط ، فان تراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز لما ذكرناه ، وان شرط التبقية بعد المدة فالاجارة باطلة لأنه شرط ينافى مقتضى العقد فأبطله ، فان لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة ، لأنها زراعة فى عقد باطل ، فان بادر وزرع لم يجبر على القلع ؛ لأنه زرع مأذون فيه ، وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض باجارة فاسدة ، فان أطلق العقد ولم يشترط التبقية ولا القلع ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : أنه يجبر على قلعه ، لأن العقد الى مدة وقد انقضت ، فأجبر على قلعه كالزرع المطلق .

(والثانى) لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك الى الحصاد فلزمه الصبر عليه ، كما لو باع ثمره بعد بدو الصلاح وقبل الادراك ، ويخالف هذا اذا اكترى لزرع مطلق ، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد فى المدة فاذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه ، وههنا هو زرع معنى علم المكرى أنه لا يستحصد فى تلك المدة ، فاذا قلنا : يجبر فتراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز لما ذكرناه ، وان قلنا : لا يجبر لزمه المسمى للمدة ،وأجرة المثل للزيادة ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمكرى فى ابطال منفعة أرضه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكاراها سنة فزرعها فانقضت السنة والزرع فيها لم يبلغ أن يحصد ـ فإن كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصد قبلها فالكراء جائز ، وليس لرب الأرض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الأرض إلا أن يشاء رب الأرض تركه ، وإذا شرط أن يزرعها صنفا من الزرع يستحصد أو يستقصل قبل السنة فأخره إلى وقت من السنة فانقضت السنة قبل بلوغه فكذلك أيضاً وإن تكارى مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئاً بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد فى مثل هذه المدة تكاراها فالكراء فاسد من قبل أن أثبت

بينهما شرطهما ولم أثبت على رب الأرض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد ، وإن أثبت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الأرض فكان هذا كراء فاسداً ولرب الأرض كراء مثل أرضه إذا زرع ، وعليه تركه حتى يستحصد .

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضا مدة معلومة ليزرعها موصوفا فزرعها ، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها ، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أحوال (إحداها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد فى مثلها (والثانية) أن يعلم أنه لا يستحق فى مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه ، فأما الأولى فلا تخلو من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجنس الذى شرطه إلى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها براً فتنقضى المدة ، والبر غير مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده ، لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير متعديا فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه ، فإن تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر ، وإن رضى المستأجر وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع .

(والقسم الثانى) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه فهذا مفرط ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يلزم غيره ، فان بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك وإلا قلع .

(والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لأمر سماوى من طول برد أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام ثلج ففيه وجهان : (أحدهما) يترك إلى وقت استحصاده لأنه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفريط ، فإذا ترك إلى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده (والوجه الثانى) أن يؤخذ بقلعه ولا يترك لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه فى استزادة المدة خوفا مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفرطا .

أما الحال الثانية : وهو أن يعلم بجارى العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد فى مثل تلك المدة ، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها براً أو شعيراً فهذا إما :

(ا) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة ، فهذه إجارة جائزة ، لأنه قد يريد زرعه قصيلا ولا يريده حبا ، فإذا انقضت المدة ، أخذ بقلع زرعه وقطعه .

(ب) أن يشترط تركه إلى وقت حصاده فهذا إجارة فاسدة ، لأن اشتراط استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافى موجبها فبطلت . ثم للزارع استيفاء زرعه وقت حصاده ، وإن بطلت الإجارة ، ولا يؤخذ بقلع زرعه لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل ، والفرق بين هذه المسألة فى استيفاء الزرع مع فساد الإجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأحوال والأقسام مع صحة الإجارة أن الإجارة إذا بطلت روعى الإذن دون المدة وإذا صحت روعيت المدة .

(جـ) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركا فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضى القلع أو الترك ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أنه يقتضى القلع اعتباراً بموجب العقد ، فعلى هذا الإجارة صحيحة ، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضى المدة (والثانى) وهو ظاهر كلام الشافعى أن الإطلاق يقتضى الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه ، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضى إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتباراً بالعرف فيه ، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة ، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده ، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك .

الحال الثالثة : وهو أن يقع الشك فى المدة هل يستحصد الزرع فيها ؟ كأن استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير ، فقد يجوز أن يستحصد الزرع فى هذه المدة فى بعض البلاد وبعض السنين ويجوز ألا يستحصد

فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه ، على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين هكذا أفاده الماوردى ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اكترى أرضا للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها ، لأن العقد يقتضى الغرس فى المدة فلم يملك بعدها ، فان غرس فى المدة وانقضت المدة نظرت ، فان شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ، ولا يبطل العقد بهذا الشرط ، لأن الذى يقتضيه العقد هو الغـــراس فى المدة ، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك ، وانما يمنع من التبقية بعد المدة ، والتبقية بعد المدة من مقتضى الاذن ، لا من مقتضى العقد ، فلم يبطل العقد باسقاطها ، فاذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر ، فان أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع . لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعا وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها الا على حسب العادة فى نقل مثله ، والعادة فى الغراس التبقية الى أن يجف ويستقلع .

فان اختار المكترى القلع ــ نظرت ، فان كان ذلك قبل انقضاء المدة ــ ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه تسوية الأرض ، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير اذنه ، فلزمه تسوية الأرض .

(والثانى) : لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فان كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجها واحدا ، لأنه قلع الغراس مـن أرض غيره من غير اذن ولا يد ، فان اختار التبقية ــ نظرت ، فان أراد صاحب الأرض أن يدفع اليه قيمة الغراس ويتملكه ــ أجبر المكترى على ذلك ، لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة ، فان أراد أن يقلعه ــ نظرت ، فان كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع ــ أجبر المكترى على القلع . لأن لا ضرر عليه فى القلع ، فان كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع . فان ضمن له أرش ما نقص بالقلع أجبر عليه . لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش . فان أراد أن يقلع ولا يضـمن أرش النقص لم يجبر المكترى .

وقال المزنى : يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه ، وهذا خطأ لأن فى قلع ذلك من غير ضمان الأرش اضراراً بالمكترى ، والضرر لا يزال بالضرر .

فان اختار أن يقر الغراس فى الأرض ويطالب المكترى بأجرة المثـل أجبر

المكترى ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان ، لا يجوز الاضرار بالمكرى بابطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة ، فان أراد المكترى أن يبيع الغراس من المكرى جاز ، وان أراد بيعه من غيره ففيه وجهان ، وقد بيناهما فى كتاب العارية ، فان اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز . لأن اطلاق العقد يقتضى التبقية فلا يبطل بشرطها ، والحكم فى القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه اذا أطلق العقد .

فصـــل فان اكترى ارضا باجارة فاسدة وغرس كان حكمها فى القـلع والاقرار على ما بيناه فى الاجارة الصحيحة لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والاقرار ، فكان حكمهما واحداً ، وبالله التوفيق) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإن قال اغرسـها وازرعهـا ما شئت فالكراء جائز . قال المزنى : أولى بقوله ألا يجوز هذا لأنه لا يدرى يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس .

وهذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل (إحـــداهن) أن يقـــول : أجرتكها لتزرعها إن شئت أو تغرسها إن شئت فالإجارة صحيحة ، وهو مخير بين زرعها إن شاء وبين غرسها ؛ فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز ، لأنه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز .

(الثانية) أن يقول : قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها ؛ فالإجارة باطلة ، لأنه لم يجعل له الأمرين معاً ، ولا أحدهما معينا ، فصار ما أجره له مجهولا .

(الثالثة) أن يقول : قد أجرتكها لتزرعهـا وتغرسـها ففيه وجهـان (أحدهما) وهو مذهب المزنى أن الإجـارة باطلة ، لأنه لما لم يخـيره بين الأمرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهـولا ، وهـذا قول أبى إسـحاق المروزى (والثـانى) وهو ظاهـر كلام الشـافعى . وقال ابن أبى هريرة : إن الإجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصـف لأن جمعه بين الأمرين يقتضى التسوية بينهما ، فلو زرعها جميعا جاز ، لأن زرع النصف المأذون فى غرسه أقل ضررا ، ولو غرسها جميعا لم يجـز لأن غرس النصف المأذون فى زرعه أكثر ضررا .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن انقضت سنوه لم يكن لرب الأرض

أن يقلع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته إن كانت فيه يوم نقله ، ولرب الأرض الغراس إن شاء نقله على أن عليه ما نقص من الأرض ، والغراس كالبناء إذا كان بإذن مالك الأرض مطلقا .

قال المزنى : القياس عندى أنه إذا حد له أجلا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له أن يبنى فى عرصة له ، فانقضى الأجل فالأرض والعرصة بعد انقضاء الأجل مردودان .

وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبنى فيها ويغرس فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم فى الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء فأما القائم فى الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد .

(الثانية) أن يشترط تركه بعد انقضاء المدة فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعى فلا يلزمه أجرة وعلى مذهب المزنى عليه الأجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث فى حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد ، وإنما استحقه بالملك ، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا فى تعليله فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذى ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لألزمه تسوية الأرض .

والحال الثالثة : أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ولا تركه فينظر ، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص . وإن كانت قيمته مقلوعا أقل من قيمته قائماً وهو الأغلب نظر فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً ، أو ما بين قيمته مقلوعا لم يكن للمستأجر تركه ؛ لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص . وقيل : لا يخيرك على أخذ القيمة ولكن يخيرك

بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه ، وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر فى المستأجر . فإن امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضى المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه ، وإن بذل له أجرة المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الغراس والبناء بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالا بما ذكره المزنى من قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وليس من رب الأرض رضى بالترك فلم يجبر عليه،ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقو إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود ، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى ، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم فى إحداث الغرس والبناء ، وهذا المذهب أظهر حجاجا وأصح اجتهادا .

واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والدارقطنى عن عروة بن الزبير مرسلا ؛ فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق فلم يجز أن يسوى بينهما فى الأخذ بالقلع . قالوا : ولأن من أذن لغيره فى إحداث حق فى ملك كان محمولا فيه على التعرف المعهود فى مثله كمن أذن لجاره فى وضع أجزاعه فى جداره كان عليه تركه على الدوام ، ولم يكن له أخذه بقلعها ، لأن العادة جارية باستدامة تركها كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء دون القلع ، والتناول محمول على العادة وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده ثم هى غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه .

فـــرع وإذا كانت الاجارة فاسدة فبنى المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو فى الاقرار والترك على ما ذكرنا فى الاجارة الصحيحة ، لأن الفاسد فى كل عقد حكمه حكم الصحيح فى الأمانة والضمان والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يوجب فسخ الاجارة

اذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جاز له أن يرد ، لأن الاجارة كالبيع ، فاذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر ، وله أن يرد بما يحدث فى يده من العيب ، لأن المستأجر فى يد المستأجر كالمبيع فى يد البائع ، فاذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب فى يد البائع ، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب فى يد المستأجر .

فصل والعيب الذى يرد به ما تنقص به المنفعة ، كتعثر الظهر فى المشى ، والعرج الذى يتأخر به عن القافلة ، وضعف البصر والجذام والبرص فى المستأجر للخدمة ، وانهدام الحائط فى الدار ، وانقطاع الماء فى البئر والعين ، والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء ، وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعة .

فأما اذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة . وان اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد ، وان اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد ، لأن المعقود عليه باق ، وانما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجز له الرد ، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال ، وان اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد ، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد ، وان اكترى داراً فتشعثت فبادر المكرى الى اصلاحها لم يكن للمستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر ، فان لم يبادر ثبت له الفسخ ، لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة ، فان رضى سكناها ولم يطالب بالاصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة ، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت .

(والثانى) يلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصا بالعيب فلزمه جميع البدل ، كما لو اشترى عبداً فتلفت يده فى يد البائع ورضى به .

(فصل) ومتى رد المستأجر العين بالعيب ــ فان كان العقد على عينها ــ انفسخ العقد ، لأنه عقد على معين فانفسخ برده ، كبيع العين . وان كان العقد على موصوف فى الذمة لم ينفسخ العقد برد العين ، بل يطالب

ببدله ، لأن العقد على ما فى الذمة ، فاذا رد العين رجع الى ما فى الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده .

(فصـــل) وان استاجر عبداً فمات فى يده ، فان كان العقـــد على موصوف فى الذمة طالب ببدله لما ذكرناه فى الرد بالعيب ، وان كان العقد على عينه ـ فان لم يمض من المدة ما له أجرة ـ انفسخ العقد . وقال أبو ثور من أصحابنا : لا ينفسخ ، بل يلزم المستاجر الاجرة لأنه ملك بعد التسليم ، فلم ينفسخ العقد ، كما لو ملك المبيع بعد التسليم ، فلم ينفسخ العقد ، والمذهب الأول ، لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وان مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقى بتلف المعقود عليه . وفيما مضى طريقان :

(أحدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا .

(والثانى) أنه على قولين ، بناء على الطريقين فى الهلاك الطارىء فى بعض المبيع قبل القبض . هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا ؟ لأن المنافع فى الاجارة كالمبيع قبل القبض . وفى المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة .

فصـــل وان اكترى دارا فانهدمت ، فقد قال فى الاجارة : ينفســـخ العقد . وقال فى المزارعة : اذا اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها أن المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ . واختلف أصحابنا فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى فخرجهـــما على قولين ، وهو الصحيح .

(أحدهما) أن العقد ينفسخ فيهما . لأن المنفعة المقصودة هى السكنى والزراعة ، وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكترى عبداً للخدمة فمات .

(والثانى) لا ينفسخ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها ، وانمـــا نقصت منفعتها ، فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب . ومنهم من قال : اذا انهدمت الدار انفسخ العقد . وان انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء ، والدار غير باقية مع الانهدام) .

الشرح لا ينفسخ عقد الإجارة عينية كانت أو فى الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين بالأعذار التى لا توجب خللا فى المعقود عليه ، كمن استأجر حماما وتعذر عليه جلب الوقود له ، أو استأجر سيارة وتعذر عليه شراء وقودها ، أو مرض فحال مرضه دون السفر عليها ، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثاً يتخذه فراشا فيها ، ويقاس على هذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خلل فى عينه بعيب فيه ، وإذا استأجر دارا فوجد ماء بئرها متغيراً ، قال

أبو حنيفة : إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر . وعندنا أنه إن خالف معهود الآبار فى تلك الناحية فله الخيار ، فان كان معهودهم الشرب من آبارهم ــ فإذا كان تغيره يمنع من شربه ــ فله الخيار ، وإن أمكن الوضــوء منها ، وإن كان معهودهم ألا يشربوا منها فله الخيار ، وإن كان غير معهود فى ذلك الوقت ــ فإن كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو طهور ، فلا خيار له ، وإن كان مقصراً عن الكفاية فله الخيار .

فأما رجاء الحصول على الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره ، ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهوداً فى وقته فلا خيار فيه .

قال الشافعى : وإذا اكترى الرجل الأرض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها فحيل بينه وبينهــا سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك ، وهى مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها فتهدم فى أول سنة أو آخرها ، والعبد يستأجره السنة فيموت فى أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الإجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنــه ما بقى ، وإن أكراه أرضا بيضاء يصنع فيها ما شاء ، أو لم يذكر أنه اكتراها للزرع ثم انحسر الماء عنها فى أيام لا يدرك فيها زرعا ، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقى بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقص مما اكترى . وكذلك إن اكتراها للزرع ، وكراؤها للزرع أبين فى أن يردها إن شاء ، وإن كان مر بها ماء فأفسد زرعه أو أصابه حريق أو ضريب [1] أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الأرض فالكراء له لازم ، فإن أحب أن يجدد زرعا جدده إن كان ذلك يمكنه ، وان لم يمكنه فهذا شىء أصيب به فى زرعه لم تصب به الأرض فالكراء له لازم ، وهذا مفــارق للجائحة فى الثمــرة يشتريها الرجل فتصيبها الجائحة فى يديه قبل أن يمكنه جدادها . ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا ، فإن قال قائل : إذا كانتا جائحتين فمابال إحداهما توضع والأخرى لا توضع ، فإن من وضع الجائحة الأولى فإنمــا يضعها بالخبر ، وبأنه إذا كان البيع جائزاً فى شراء الثمرة إذا بدا صــلاحها

---

(١) الضريب يقال للثلج الذائب ولسموم الماء النشقه الارض .

وتركها حتى تجد فإنما ينزلها بمنزلة الكراء الذى يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تتلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلفت . اهـ

وقد اختلف أصحابنا فى الفساد الطارىء على المستأجر — بفتح الجيم — على حسب اختلافهم فى الفساد الطارىء على بعض الصفقة ، هل يكون كالفساد المقارن للعقد ؟ فقال بعض أصحابنا : هما سواء ، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة .

وقال آخرون : إن الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد ، فتكون الإجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولا واحداً . فإن قيل ببطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل فى الماضى دون المسمى . وإن قيل بصحة الإجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار فى فسخه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لفواته على يده ، فعلى هذا إن كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الأجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة .

وإن كان العمل فيها مختلفاً والأجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجرة النصف الماضى من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقى خمسين درهما تقسطت الأجرة على العمل المختلف دون المدة ، وكان على المستأجر ثلثا الأجرة بمضى نصف المدة لأنها تقابل ثلثى العمل .

(والوجه الثانى) أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه ، فإن أقام عل الماضى لزمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط ، وكان بعض أصحابنا يخرج قولا آخر أن يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ ، وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن ، وإن فسخ الإجارة فى الماضى لزمه فيه أجرة المثل ، لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه .

فرع وجملة بيان هذه الفصول أن من استأجر عيناً مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة .

(أحدها) أن تتلف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب ، أحدها : أن تتلف العين قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

(والثانى) أن تتلف عقيب قبضها ؛ فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء إلا أبا ثور فقد حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط ، لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها استيفاؤها أو التمكن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين .

(والثالث) أن تتلف بعد مضى شيء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، هذا معنى ما نقلناه من الأم قبل . وقال أحمد فيما رواه عنه إبراهيم ابن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها .

فإن كان المستأجر مختلف الأجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر إيجارها صيفا أكثر من أجرها شتاء ، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفا أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة فى البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع المسافة وكانت معروفة بالأميال أو الكيلو مترات .

(القسم الثانى) أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة سواء ، وإن بقى فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت إلا فى انقطاع الماء لأنه لم يحدث فى المعقود عليه خلل يفسد العقد فأشبه ما لو نقص نفعها

مع بقائه ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، فإن فسخ فعليه ما مضى من العقد، وإن اختار إمضاءه فعليه جميع الأجر لأن العيب إذا رضى به سقط حكمه .

فإذا انهدمت الدار أو مرض الخادم ، فإن الإجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ولكن المستأجر بالخيار لأجل العيب الحادث المؤثر فى منفعته بين المقام والفسخ ، والخيار فيه على التراخى لا على الفور بخلاف الخيار فى البيع لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها فإن كان مرض الخادم مرضا لا يؤثر فى العمل نظر فيما استؤجر له من العمل ، فإن كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالكنس والرعى وحرث الأرض فلا خيار للمستأجر ، وإن كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته فى مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار .

وقال النووى فى الدار : تنفسخ بهدمها . وقال شمس الدين الرملى : فى الأصح وإن كانت الإجارة فى دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لأنه عيب حدث فى غير المعقود عليه ، فإذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر ، فإن لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كما لو انهدم جميعها فى بطلان الاجارة فيها ، وإن أمكن سكناها لم تبطل الإجارة وكان مخيراً فى الفسخ للعيب الحادث وأما إن انهدم نصفها وبقى نصفها والباقى منها يمكن سكناه بطلت الاجارة فى النصف المنهدم ، وهى صحيحة فى النصف السليم والمستأجر بالخيار ، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الاجارة فيما سلم من الدار على قولين .

فــرع فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد جديد ، لأن بطلانه يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختر المستأجر حين عمرها المؤجر ففى خيار المستأجر وجهان أحدهما : قد سقط لارتفاع موجبه ، والثانى : أنه باق بحاله لم تقدم من استحقاقه له ولكن لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر ، وكان المستأجر على خيار .

فـــرع قال الشافعي رضي الله عنه : ولو اكترى أرضاً سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراء لأنه لم يسلم له ما اكترى ، قلت : ومن هنا نعلم أن الأرض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ ، وهل تبطل الاجارة بالغصب ؟ على قولين . أصحهما : باطلة والمستأجر برىء من أجرة مدة الغصب ، ولا يكون المستأجر خصما للغاصب فيها ، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيلا فلم يكن خصما .

والقول الثاني : أن الاجارة لا تبطل لأن غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام أو الفسخ فإن فسخ سقطت عنه الأجرة ولم يكن خصما للغاصب فيها ، وإن أقام فعليه المسمى ويرجع بأجرة المثل على الغاصب ويصير خصما له فى الأجرة دون الرقبة ، إلا أن يبقى من مدة الاجارة شيء فيجوز أن يصير خصما فى الرقبة ليستوفى حقه من المنفعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان أكرى نفسه فهرب ، أو أكرى عينا فهرب بها ـ نظرت ، فان كانت الاجارة على موصوف فى الذمة ـ استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم اليه فى شىء فهرب ، فانه يبتاع عليه المسلم فيه ، وان لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو أسلم فى شىء فتعذر ، وان كانت الاجارة على عين فهـو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار ، كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض ، فان لم يفسخ ـ نظرت ، فان كانت الاجارة على مدة ـ انفسخ العقد بمضى المدة يوما بيوم ، لأن المنافع تتلف بمضى الزمان، فانفسخ العقد بمضيه ، وان كانت على عمل معين لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه اذا وجده .

(فصـــل) وان غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر ـ فان كان العقد على موصوف فى الذمة ـ طولب المؤجر باقامة عين مقامها على ما ذكرناه فى هرب المكرى ، وان كان على العين فللمستاجر أن يفسخ العقد ، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ ، كما ول ابتاع عبداً فغصب فان لم يفسخ ـ فان كانت الاجارة على عمل ـ لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه اذا وجد ، وان كانت على مدة فانقضت ففيه قولان :

(أحدهما) ينفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل .

(والثانى) لا ينفسخ ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ؛ ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ، لأن المنافع تلفت فى يد الغاصب ، فصار كالمبيع اذا أتلفه الأجنبى . وفى المبيع قولان اذا أتلفه الأجنبى فكذلك ههنا .

(فصـــل) وان مات الصبى الذى عقد الاجارة على ارضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع فبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية وانما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد ، كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبى آخر جاز . وان تشاحا فسخ العقد ، لأنه تعذر امضاء العقد ففسخ .

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص فى المسئلة قبلها ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر) .

الشرح إذا هرب الأجير أو شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة من غير هـرب على نحـو ما . لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما ، فإن عادت العين فى أثناء المدة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمة ، كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم إليه فى شىء فهرب ابتيع من ماله ، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسـخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليـه فله مطالبتـه بالعمل ، لأن ما فى الذمة لا يفوت بهربه وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق ، إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمـل ــ إن لم يكن على مدة ــ قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال ، وإلى هذا كله ذهب الحنابلة .

فرع إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان : أحدهما : للمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه ؛ فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقا بل إلى بدل وهو القيمة ، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن منافع الغصب لا تضمن ، وهو محل خلاف بين أصحابنا ، وهو قول أصحاب الرأى وأصحاب أحمد .

(والثانى) لا تخيير ، بل ينفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل وقول ثالث لم يذكره المصنف ، وهو قول ابن الرفعة : لا خيار ولا فسخ أخذاً من النص ؛ وقد استشهد له الغزى قال الرملى فيه نظر . وقال الأذرعى هو مشكل وما أظن الأصحاب يسمحون به .

وإن كانت الاجارة على عمل فى الذمة كخياطة ثوب أو حمل شىء إلى موضع معين فغصبت الماكينة التى يخيط بها ، أو العربة التى يحمل عليها ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل ، لأن العقد على ما فى الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده ، فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها .

فرع وتنفسخ الإجارة بموت الطفل ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا هو منصوص الشافعى ، فإذا انفسخ العقد بطلت الإجارة من أصلها بالأجر كله وإن كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى .

ومن أصحابنا من خرج قولا آخر أنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية ببقاء المرضعة وإنما المستوفى هو الذى هلك والعقد باق بين المتعاقدين فاذا تراضيا على إرضاع صبى آخر جاز وإلا انفسخ العقد .

أما إذا ماتت المرضعة فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة بهلاك محلها . وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ ، وكذلك ذهب بعض الأصحاب وقالوا : يجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين .

فـــرع يجوز أن يستأجر طبيبا يخلع له ضرسه لأنها منفعـة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختـان فإذا برأ الضرس قبل قلعـه انفسخت الاجارة لأن قلعه سليما لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لأن إتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل وإنما أبيح القلع إذا صار بقاؤه ضررا ، والأمر مفوض إلى الإنسان فى نفسه إذا كان أهلا لذلك . وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته . وكذلك إذا استأجر طبيبا فى الرمد ليكحل عينه بالنترات والأكاسيد فلم تبرأ عينه استحق الأجر وبه قال أكثر الفقهاء .

وقال مالك : إنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ، ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الأجر وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فإن برأت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى مـن المدة ، لأنه قد تعذر العمل فأشبـه ما لو حجر عنـه لأمـر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجر بمضى المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيـه ، فأما إن شارطه على البرء فإن مذهبنا ومذهب أحمد بن حنبل أن ذلك يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يتحقق البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيدا ، فإن برىء بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التى هى من جهـة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الجاعل أو غير الجاعل فلا شىء له على تفصيل سـيأتى فى الجعالة إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان مات الأجير فى الحج قبل الاحرام ـ نظرت ، فان كان العقد على حج فى الذمة ـ استؤجر من تركته من يحـج ، فان لم يمكـن ثبت للمستأجر الخيار فى فسخ العقد كما قلنا فى السلم ؛ وان كان على حجه بنفسه انفسخ العقد ، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض ، فان مات بعد ما أتى بجميع الأركان ، وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لأنه أتى بالأركان ، ويجب فى تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك فى حج نفسه .

وان مات بعد الاحرام وقبل ان يأتى بالأركان فهل يجوز أن يبنى غـيره على عمله ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز ، لأنه عمل تدخله النيابة ، فجاز البناء عليه كسائر الأعمال . وقال فى الجديد : لا يجوز . وهو الصحيح . لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة . فان قلنا : لا يجوز البناء فان كانت الاجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت ، لأنه مات المعقود عليه ، ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج .

وان كانت الاجارة على حج فى الذمة لم تبطل . لأن المعقود عليه لم يفت بموته . فان كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج وان فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ .

وان قلنا : يجوز البناء على فعل الأجير ـ فان كانت الاجارة على فعـل الأجير بنفسه ـ بطلت لأن حجه فات بموته . فان كان وقت الوقوف باقيـاً أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبنى على عمل الأجير ، وان كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم . وقال أبو اسحاق : لا يجوز للبانى أن يحرم بالحج ، لأن الاحرام بالحج فى غير أشهر الحج لا ينعقد ، بل يحـرم بالعمرة ويتم ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا يجوز أن يطوف فى العمرة ويقع عن الحج ، وقوله : ان الاحرام بالحج لا ينعقد فى غير أشهر الحج لا يصح لأن هذا بناء على احرام حصل فى أشـهر الحج ، وان كانت الاجارة على حـج فى الذمة استؤجر من تركة الأجير من يبنى على احرامه على ما ذكرناه .

فصـــل ومتى انفسخ العقد بالهلاك او بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعـة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقى ، فما قابل المستوفى استقر ، وما قابل الباقى سقط ، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقى ، فاذا كان ذلك مما يختلف رجع فى تقويمه الى أهـــل الخبرة ، وان كان العقد على الحج فمات الأجير أو أحصر ـ نظرت ، فان كان بعد قطع المسافة وقبل الاحرام ـ ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : انه لا يستحق شيئا من الأجرة بناء على قوله فى الأم ان الأجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح ، لأن الأجـرة

فى مقابلة الحج وابتداء الحج من الاحرام ، وما قبله من قطع المسافة تسبب الى الحج وليس بحج ، فلم يستحق مقابلته أجرة ، كما لو استأجر رجلا ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز .

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى بكر الصيرفى أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله فى الاملاء أن الاجرة تقابل قطع المسافة والعمل ، لأن الحج لا يتأدى الا بهما فقسطت الأجرة عليهما .

وان كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمى والمبيت ففيه طريقان :

(احدهما) يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك قولا واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة .

ومنهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثانى) لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمى والمبيت جبره بالدم ، فصار كما لو لم يتركه ، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتى بباقى الأركان ففيه قولان :

(أحدهما) لا يستحق شيئا كما لو قال : من رد عبدى الآبق فله دينار ، فرده رجل الى باب البلد ثم هرب .

(والثانى) أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه ، فاشبه اذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات .

فاذا قلنا انه يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة ، أو على العمل دون المسافة ؟ على ما ذكرناه من القولين) .

الشرح إذا مات الأجير فى أثناء الحج فله أحوال :

١ ــ يموت بعد الشروع فى الأركان وقبل الفراغ منها .

٢ ــ أن يموت بعد الشروع فى السفر وقبل الإحرام .

٣ ــ أن يموت بعد الفراغ من الأركان وقبل الفراغ من باقى الأعمال .

فأما الأولى وهى الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الأركان ففى استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق

شيئاً لأنه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال : من رد ضالتي فله دينار فرده إلى باب الدار ثم هربت أو ماتت فإنه لا يستحق شيئاً ، وأصحهما عند المصنف ، ووافقه النووى والأصحاب يستحق بقدر عمله ، لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة أميال فقطع بعضها أو باع عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فإنه يستحق بقدره بخلاف الجعالة فإنها ليست عقداً لازما ، ولكنها التزام بشرط فان لم يوجد الشرط تاما فانه لا يلزمه شيء كالطلاق المعلق ، ونقل النووى عن الشيخ أبي حامد والأصحاب القول الأول وهو نص الشافعي في القديم والثاني) نصه في الجديد والأم وهو الأصح .

وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان ، هذا هو المذهب .

وحكى الرافعي وجها شاذاً أنه يستحق بعده . ثم في استحقاقه ـ إذا قلنا به ـ هل يكون على الأعمال والمسافة معا أم على الأعمال فقط ؟ قولان . أصحهما على الأعمال والمسافة جميعاً عند الأكثرين ؛ وممن صححه الرافعي، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط ، وفي المسألة طريق آخر ساقه النووى عن ابن سريج أنه إن قال : استأجرتك لتحج عني قسط على العمل فقط ، وإن قال لتحج من بلد كذا قسط عليهما جميعا ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وأما الحال الثانية : وهي أن يموت قبل الاحرام وبعد الشروع في السفر، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعي في القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور : لا يستحق شيئاً من الأجرة لأنه لم يقم بشيء من أعمال الحج ، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجر خبازاً ليخبز له فاستحضر أدواته وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له ، وساق النووى تعليلا لغير المصنف بأنه لم يحصل شيئاً من المقصود .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي : يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة . وحكى الرافعي وجهاً ثالثاً عن

أبي الفضل بن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لتحج من بلد كذا استحق بقسطه ، ثم في البناء على فعل الأجير نظر ، إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الأجير كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل للمستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان السابقان في الفرع قبله في جواز البناء ، وإن كانت الاجارة على الذمة ، فان قلنا : لا يجوز البنـاء فلورثة الأجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم في تلك السنة لبقاء الوقت فذاك ، وإن تأخر إلى القابل ثبت الخيار في فسخ الإجارة ، فإن جوزنا البناء فلورثة الأجير أن يبنوا .

وأما الحالة الثالثة : وهي موته قبل الفراغ من الأعمال بعد أدائه الأركان فينظر ، إن كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم نجوز البناء يجبر الباقي بالدم من مال الأجير ، وفي رد شيء من الأجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميقات ولم يعد إليه وجبره بالدم ، المذهب وجوب الرد وإن جوزنا البنـاء وكان الوقت متسعا فإن كانت الاجارة على العين انفسخت في البـاقي من الأعمال ، ووجب رد ما يقابلها من الأجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت ، ولا حاجة إلى الإحرام لأن الرمي والمبيت يؤديان بعد التحلل ، ولا يلزم بذلك دم ولا شيء من الأجرة ، هكذا ذكره المتولى وغيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فــــرع إذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقـد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك إبدالها ؛ لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عيناً وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الأحكام ، فمتى سلم إليه عيناً فتلفت لم تنفسخ الإجارة ، ولزم المؤجر إبدالها ، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزم بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك ، لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عينه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في إبطال العقد كما لو اشترى بثمن في الذمة على ما مضى في موضعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق لأنه عقد على منفعة فلم يمنع العتق ، كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح ، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة ؟ فيه قولان (قال فى الجديد) : لا يرجع ، وهو الصحيح لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدلها بعد العتق ، كما لو زوج أمته ثم أعتقها . وقال فى القديم : يرجع لأنه فوت بالاجارة ما ملكه من منفعته بالعتق ، فوجب عليه البدل ، فان قلنا : يرجع بالأجرة ، كانت نفقته على نفسه ، لأنه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه ، كما لو أجر نفسه بعد العتق ، وان قلنا : لا يرجع بالأجرة ففى نفقته وجهان :

(أحدهما) أنها على المولى ، لأنه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك بـدل منفعته بحق الملك ، فكانت نفقته عليه .

(والثانى) أنها فى بيت المال لأنه لا يمكن ايجابها على المولى ، لأنه زال ملكه عنه ، ولا على العبد لأنه لا يقدر عليها فى مـدة الاجارة ، فكانت فى بيت المال) .

الشرح إذا أجر عبده مدة ثم أعتقه فى أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الإجارة وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة ؟ (قال فى القديم) : يرجع على مولاه بأجر المثل ، لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السـيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

(وقال فى الجديد) لا يرجـع على مـولاه بشىء وهو مذهب أحمـد وأصحابه ، لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها ، كمـا لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها ، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره ، فإنه تعدى بذلك .

وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار فى الفسخ أو الامضاء ، كالصبى إذا بلغ للمعنى الذى ذكره هنا . ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسـخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه ، كما لو زوج أمته ثم باعها .

اذا ثبت هذا ففى نفقته وجهان (أحدهما) أنها على معتقه لأنه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ، ولأن العبد يقدر على نفقة نفسـه

لأنه مشغول بالإجارة (والثانى) أنها فى بيت المال وقال أحمد بن حنبل : إذا كانت النفقة مشروطة على المستأجر فهى عليه كما كانت ؛ وإن لم تكن مشروطة عليه فهى على معتقه قولا واحداً لأنه كالباقى على ملكه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان أجر عينا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان :

(أحدهما) : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع ، كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن .

(والثانى) : يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع . كما لو زوج أمته ثم باعها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح فى بيع الأمة المزوجة . وان باعها من المستأجر صح البيع قولا واحداً ، لأنه فى يده لا حائل دونه فصح بيعها منه ، كما لو باع المغصوب من الغاصب ، والمرهون من المرتهن ، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعة بالاجارة ، لأن الملك لا ينـــافى الاجارة ، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر ، فاذا طرأ عليها لم يمنع صحتها ، وان تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشترى بالأجرة لما بقى على البائع .

(فصـــل) فان أجر عينا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد ، لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع ، فان أجر وقفـا عليه ثم مات ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يبطل لأنه أجر ما يملك اجارته ، فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثانى فى تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية ، لأن المنافع فى المدة الباقية حق له ، فاستحق أجرتها .

(والثانى) تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير اذن ولا ولاية ، ويخالف اذا أجر ملكه ثم مات ، فان الوارث يملك من جهة الموروث ، فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطن الثانى يملك غلة الوقف من جهة الواقف ، فلم ينفذ عقد الأول عليه ، وان أجر صبيا فى حجره أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان :

أحدهما : لا يبطل العقد لأنه عقد لازم ، عقــده بحق الولاية فلا يبطــل بالبلوغ ، كما لو باع داره .

(والثانى) يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولى الى هـــذا الوقت ، والصحيح عندى فى المسائل كلها أن الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق) .

الشرح قال المـاوردى فى الحـاوى الكبـير : فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان .

أحدهما : أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والاجارة بحالها ، ويصـير جامعاً بين ملك المنفعة بالاجارة والرقبة بالبيع ، والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل وأنه بالارث صار قائماً مقام المؤجر فلم يجز له عقد على نفسه ، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سـمى بالعقد .

والضرب الثانى : أن تباع على أجنبى غير المستأجر ، ففى البيع قولان : (أحدهما) أنه باطل والاجارة لحالها لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المغصوب الذى يمنع يد المشترى منه بظلم .

(والقول الثانى) وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة ، فعلى هـذا إن كان المشترى عالما بالأجرة فلا خيار له والأجرة للبـائع لأنه قد ملكهـا بعقده ، وإن كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ . ا هـ

قلت : وقد نص أحمد رضى الله عنه على صحة البيع سـواء باعهـا من المستأجر أو من غيره . وهو أحد قولى الشـافعى رضى الله عنـه . وقال فى الآخر : إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشترى فمنعت الصحة كما فى المغصوب .

فإذا ثبت هذا فإن المشترى يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ ، لأن تسـليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا فى مكان بعيد ، فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضى مـدة

يمكن إحضارها فيها ، كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه إلا فى وقته ، فإن لم يعلم المشترى بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن . لأن ذلك عيب ونقص . وعلى هذا إذا اشتراها المستأجر صح البيع أيضاً . لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين فى يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولا واحداً . وعند أحمد وأصحابه وجهان .

(أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الإجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العقد على الرقبة . كذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشترى وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشترى غيره .

والوجه الثانى : تبطل الاجارة فيما بقى من المدة لأنه عقد على منفعة العين فيبطل ملك العاقد للعين كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ، قالوا : ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامته كالنكاح ، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من الاجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله حسب عليه باقى الأجر من الثمن والله تعالى أعلم .

فرع قال المزنى : قال الشافعى ولا يفسخ بموت أحدهما إذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذى عنه ورثوا . اهـ

اذا ثبت هذا فإن عقد الاجارة لازم لا ينفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة وسفيان والليث ابن سعد : الاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ولأن الاجارة تفتقر إلى مؤجر ومؤاجر فلما بطلت بتلف المؤاجر بطلت بتلف المؤجر ، وتحريره قياسا على أنه عقد اجارة يبطل بتلف المؤاجر فوجب أن يبطل بتلف الموجر قياساً عليه إذا أجر نفسه ، ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المؤاجر يوجب فسخ

الإجارة قياساً عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر ، ولأن منافع الاجارة إنما تستوفى بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت وإن كان عاقداً والوارث لا عقد عليه وإن صار مالكا ، فصارت متنقلة من العاقد إلى من ليس بعاقد ، فوجب أن يبطله لتنافى اجتماع العقد والملك .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع فإن قيل : ينتقض بموت من أجر نفسه لم يصح لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الاجارة ، وإن كان العاقد حيا ، ولأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الاجارة فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها . ويتحرر من هذا الاعتـــــلال قياسان :

(أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته .

(والثانى) أنه أحد منفعتى الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى، ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان فجاز أن تنتقل بالارث كالأعيـان ويتحرر من هذا الاعتلال قياسـان :

(أحدهما) أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن تنتقـل به المنـافع فى الاجارات ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الاجارة فلم يبطل بعد العقد كالجنون والزمانة ، ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطـل بالموت كالبيع ، ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى . فلما كان ما تستحق منفعته بارتهانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته ، وقد استدل الشافعى بهذا فى الأم .

ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه المورث والموروث إنمـا كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة ،

ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت مؤجره بوفاق أبى حنيفة . وإن قال بعض أصحابنا : تبطل ، فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت مؤجره كالوقف .

وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه إن رده إلى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت ، وإنما انقضت مدته بالموت فصار كانقضاء مدة الاجارة وان رده الى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما فى حال الحياة ، وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الاجارة كذلك للزومها فى حال الحياة .

(وأما الجواب) عن قياسه على انهدام الدار ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه .

(وأما الجواب) عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم الأصل لأن الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ، وإنما البيع مختلف فى إبطاله ثم ينتقض على أصله بعتق العبد المؤاجر قد زال ملك سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها ، فكذلك إذا زال بالبيع والموت .

(وأما الجواب) عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت ، فهو أن اجتماعهما يعتبر عند العقود ولا يعتبر فيما بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يعاقد عليه كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث لأن المورث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته .

فأما قول الشافعى : فإن قيل : فقد انتفع المكترى بالثمن قيل : كما لو أسلم فى متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعى ، وقد اختلف أصحابنا فى مراده فقال أبو إسحاق المروزى : أراد به الرد على من أجل الأجرة ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكرى بالأجرة قبل انتفاع المكترى بالمنفعة ، وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعى : مثل هذا ليس

يمتنع كما أن بائع السلم قد يتعجل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشترى ، وكما يقبض غائب عنـه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به وقال أبو العبـاس ابن سريج : يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجارة بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بالأجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا مـن الجوابين .

وقال أبو حامد الاسفراييني : إنما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد فى تضاعيف المدة يبطل الإجارة فيما بقى ويوجب أن يرد من الأجرة بقسطها ، وإن انتفع المكرى بها ولم ينتفع المكترى بما قابلها فأجاب بما ذكرنا مـن انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة .

وقال المزنى : هذا تجويز بيع الغائب ، وعنه جوابان (أحدهمـا) أنه محمول على أحد قوليه (والثانى) أنه محمول على بيع غائب قدراه .

فإذا ثبت أن إجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستأجر انتقل الكلام إلى إجارة الوقف ، فإن أجر ولا حق له فى غلته صحت إجارته ولم تبطـل بموته لأنه لم يؤجر ملكه وإنما ناب عن غيره ، وإن أجره من يستحق غلتـه ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد اختلف أصحابنا فى بطلان الإجارة بموته على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أن الإجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره ، وفرق بين الملك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر ، وليس كذلك الوقف ، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته ، فإذا فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالإرث .

(الوجه الثانى) وهو الأظهر : الاجارة لا تبطل لأن مؤجره وال قـد أجره فى حق نفسه وحق من بعده بولايته ، فإذا انقضى حقه بموته صحت

إجارته فى حق من بعده بولايته فإن كان قد استوفى الأجرة استرجع من تركته أجرة ما بقى من المدة بعد موته .

وإذا استأجر الرجل من أبيه داراً سنة ودفع إليه الاجرة ثم مات الأب نظرت فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكا للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة،فإن لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثاً وان كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الأجرة ، لأنها صارت بانفساخ الاجارة بالإرث ديناً على الأب فساوى الغرماء فيها ، فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الاجارة فى نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت فى حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة فى تركة أبيه لأنها صارت دينا عليه . فإذا أجر الأب أو الوصى صبيا ثم بلغ الصبى فى مدة الاجارة رشيداً فالاجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فى عمل السمسار

يجوز أن يستأجر سمساراً يشترى له ما يشتهيه ، وبه قال أحمد بن حنبل وقد رخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعى ، وكرهه الثورى وحماد ابن سلمة .

ويجوز على مدة معلومة مثل الأسبوع والأسبوعين ويجعل له أجراً معلوماً على عمل معلوم . فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً . وإن قال : كلما اشتريت ثوبا فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز .

وقال أحمد بن حنبل : إذا لم تكن الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن لم يجز ، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشترى فله أجر مثله . وهذا قول أبى ثور وابن المنذر لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات .

وإذا استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال أحمد بن حنبل . وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير .

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم : إنه غير مسكن لا يصح ، فان الثياب لا تنفك عن راغب فيها ، ولذلك صحت المضاربة ، ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فإنه متعذر .

وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل ألا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع . وان استأجره فى البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها . ويحتمل أن يصح لأنه ممكن فى الجملة . فإن حصل من ذلك شيء استحق ، وإلا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشترى

قال مالك : لا ضمان على السمسار الخير بفتح الخاء وكسر الياء المشددة أى ذى خير وأمانة إذا ادعى ضياع شيء مما بيده بغير تفريط ولا تعد كذا أفتى ابن رشد وقال الصاوى : وقيل لا ضمان عليه مطلقاً وقال عياض : هو المعروف من مالك وأصحابه لأنهم وكلاء وليسوا بصناع .

فرع فى مذاهب العلماء فى عمل الخادم

يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلا أو امرأة حراً أو عبداً . وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، لأنه تجوز النيابة فيه . ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة . ومقتضى قياس المذهب أن أجير المشاهرة يحق له أن يشهد الجمعات والأعياد .

وقال أحمد : لا يشترط ذلك . قيل له : فيتطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم

يضر بصاحبه إنما أباح له ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة . ولهذا وقعت مستثناة فى حق المعتكف بترك معتكفه لها .

وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلى الأجير ركعات السنة وقال أبو ثور وابن المنذر وجهه ليس له منعه منها . وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرة للخدمة ولكن يصرف عن الحرة النظر وليست الأمة مثل الحرة. ولا يخلو معها فى بيت ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها . انما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة والحرة لأنهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الناسخ والطابع للكتب

يجوز أن يستأجر ناسخاً لينسخ له كتب فقه أو حديث أو تفسير أو ديوان شعر مباح على ما سيأتى فى الشهادات من بيان الشعر المباح وغيره . كما يجوز أن يؤجر من يصف الحروف ومن يطبعها ، ومن يقرأ له تجارب الطبع قبل إعطاء أمر الطبع ، كل ذلك مقدراً بالصفحة أو الملزمة وعدد السطور وعرضها وطولها ، وسمك الحروف وصغرها وكبرها . وبهذا يأخذ أحمد فى قياس مذهبه على ما نص عليه أحمد فى رواية مثنى بن جامع وقد سأله عن كتاب الحديث بالأجر فلم ير به بأساً .

ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع . ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه . وإن قاطعه ناسخ الأصل بأجر واحد جاز . وإن أخطأ بالشىء اليسير الذى جرت العادة به عفى عنه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به قال ابن عقيل من أصحاب أحمد : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه (قلت) وكذلك جامع الحروف فى قياس هذا الأصل ، ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك كل الأعمال التى تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوها .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الناسخ للمصحف

يجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً فى قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار ، وهو قول أحمد بن حنبل وأبى حنيفة وأبى ثور وابن المنذر .

وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر ، ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » وقد عقد ابن حزم فصلا فى المحلى أتى فيه بأدلة المانعين والمجيزين قال :

والخبر المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج امرأة من رجل بما معه من القرآن . أى ليعلمها إياه وهو قول مالك والشافعى وأبى سليمان ــ يعنى داود بن على ــ وقال أبو حنيفة والحسن بن حى : لا تجوز الأجرة على تعليم القرآن » واحتج له مقلدوه بخبر رويناه من طريق قاسم ابن أصبغ بن عبد الله بن روح عن أبى إدريس الخولانى قال : كان عند أبىّ بن كعب ناس يقرئهم من أهل اليمن فأعطاه أحدهم قوساً يتسلحها فى سبيل الله تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتحب أن يأتى بها فى عنقك يوم القيامة ناراً » ورويناه أيضاً من طريق ابن أبى شيبة عن وكيع وحميد بن عبد الرحمن الرؤاسى عن المغيرة بن زياد الموصلى عن عبادة ابن نسى قاضى الأردن عن الأسود بن ثعلبة عن عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قصة القوس . وأيضاً من طريق أبى داود عن عمرو ابن عثمان نا بقية نا بشر بن عبد الله بن يسار عن عبادة بن نسى عن جنادة ابن أمية عن عبادة بن الصامت عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثله ، وعن طريق سعيد بن منصور عن اسماعيل بن عياش عن عبد ربه بن سليمان

ابن عمير بن زيتون عن الطفيل بن عمرو عن رسول الله ﷺ أنه عرض له ذلك فى القوس مع أبى بن كعب وفيه زيادة « أنه قال : يا رسول الله إنا نأكل من طعامهم قال : أما طعام صنع لغيرك فحضرته فلا بأس أن تأكله وأما ما صنع لك فإن أكلته فإنما تأكله بخلاقك » .

ومن طريق ابن أبى شيبة نا محمد بن ميسرة عن موسى بن على بن رباح عن أبيه أن أبىّ بن كعب غداه رجل كان يقرئه القرآن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن كان شىء يتحفك به فلا خير فيه ، وإن كان من طعامه وطعام أهله فلا بأس به » .

ومن طريق ابن أبى شيبة نا عفان بن مسلم نا أبان بن يزيد العطار حدثنى يحيى بن أبى كثير عن زيد — هو ابن أبى سلام — عن أبى سلام — هو ممطور الحبشى — عن أبى راشد الحبرانى عن عبد الرحمن بن شبل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « تعلموا القرآن ولا تغلوا عنه ولا تجفوا فيه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » وروينا عن عوف بن مالك من قوله مثل هذا أنه قال فى قوس أهداها إنسان إلى من كان يقرئه « أتريد أن تعلق قوساً من نار ؟ » .

وصح عن عبد الله بن مغفل أنه أعطاه الأمير مالا لقيامه بالناس فى رمضان فأبى وقال : إنا لا نأخذ للقرآن أجراً . ومن طريق سعيد بن منصور نا خالد ابن عبد الله — هو الطحان — عن سعيد بن إياس الجريرى عن عبد الله ابن شقيق قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون بيع المصاحف وتعليم الغلمان بالأرش ويعظمون ذلك . وصح عن إبراهيم أنه كره أن يشترط المعلم وأن يأخذ أجرا على تعليم القرآن . ومن طريق شعبة وسفيان كلاهما عن أبى إسحاق الشيبانى عن أسير بن عمرو قال شعبة فى روايته أن عمار بن ياسر أعطى قوماً قرأوا القرآن فى رمضان فبلغ ذلك عمر فكرهه ، وقال سفيان فى روايته : إن سعد بن أبى وقاص قال : من قرأ القرآن ألحقته على ألفين فقال عمر : أو يعطى على كتاب الله ثمناً ؟ وصح عن عبد الله ابن يزيد وشريح : لا تأخذ لكتاب الله ثمناً . ومن طريق حماد بن سلمة عن

عبد الله بن عثمان القرشي عن بلال بن سعد الدمشقي عن الضحاك بن قيس أنه قال للمؤذن يعلم كتاب الله : إنى لأبغضك فى الله لأنك تتغنى فى أذانك وتأخذ لكتاب الله أجراً . وكره ابن سيرين الأجرة على كتابة المصاحف وعن علقمة أنه كره ذلك أيضاً . هذا كل ما احتجوا به وقد ذكرنا عن سعد وعمار الآن أنهما أعطيا على قراءة القرآن . ومن طريق ابن أبى شيبة عن صدقه الدمشقى عن الوضين بن عطاء قال : كان بالمدينة ثلاثة معلمين يعلمون الصبيان فكان عمر بن الخطاب يرزق كل واحد منهم خمسة عشر كل شهر ومن طريق ابن أبى شيبة نا وكيع نا مهدى بن ميمون عن ابن سيرين قال : كان بالمدينة معلم عنده أبناء أولياء الفخام فكانوا يعرفون حقه فى النيروز والمهرجان .

قال أبو محمد : محمد بن سيرين أدرك أكابر الصحابة وأخذ عنهم : أبى بن كعب وأبا قتادة فمن دونهما . ومن طريق ابن أبى شيبة ، نا يزيد ابن هارون أنا شعبة عن الحكم بن عتيبة قال : ما علمت أحداً كره أجر المعلم، وصح عن عطاء وأبى قلابة إباحة أجر المعلم على تعليم القرآن وأجاز الحسن وعلقمة فى أحد قوليه الأجرة على نسخ المصاحف .

أما الأحاديث فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يصح منها شيء أما حديث أبى إدريس الخولانى أن أبى بن كعب فمنقطع لا يعرف لأبى إدريس سماع من أبى والآخر أيضاً منقطع لأن على بن رباح لم يدرك أبى بن كعب . وأما حديث عبادة بن الصامت فأحد طرقه عن الأسود بن ثعلبة وهو مجهول لا يدرى . قاله على بن المدينى وغيره والآخر من طريق بقية ـ والثالثة من طريق إسماعيل بن عياش وهو ضعيف ثم هو منقطع أيضاً . وأما حديث عبد الرحمن بن شبل ففيه أبو راشد الحبرانى وهو مجهول ، ثم لو صحت لكانت كلها قد خالفها أبو حنيفة وأصحابه ، لأنها كلها إنما جاءت فيما أعطى بغير أجرة ولا مشارطة وهم يجيزون هذا الوجه فموهوا بإيراد أحاديث ليس فيها شيء مما منعوا وهم مخالفون لما فيها ، فبطل كل ما فى هذا الباب . والصحابة رضى الله عنهم قد اختلفوا فبقى الأثران الصحيحان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اللذان أوردنا لا معارض لهما وبالله التوفيق .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الدليل

يجوز أن يستأجر رجلا ليدله على الطريق أو يدله على أمر من أمور الصنعة التى يعسر عليه معرفتها إلا بمرشد خبير يعينه على طرائق صنعها سواء كان الخبير مسلما أو كافراً حيث لا يجد للأمر مسلماً ناصحاً يحسن هذا الأمر والدليل عليه ما أخرجه البخارى : نا يحيى بن بكير نا الليث بن سعد عن عقيل قال : قال ابن شهاب : أخبرنى عروة بن الزبير أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها قالت : « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هادياً خريتاً وهو على دين كفار قريش ودفعا إليه راحلتيهما ؛ وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال » .

وبهذا قال أصحاب الرأى ومالك والثورى وأحمد ولا نعلم لنا مخالفاً وقد أخرج أبو داود من حديث سويد بن قيس : أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : زن وأرجح » .

فرع فى منع استئجار الكهان وأهل النياحة

لا تجوز الإجارة على النياحة ولا على الكهانة كالتنجيم وقياس الأثر ورؤية الطالع واستحضار الأرواح لأنهما معصيتان منهى عنهما لا يحل فعلهما ولا العون عليهما فالإجارة على ذلك أو المعاطاة معصية وتعاون على الإثم والعدوان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب تضمين المستأجر والأجير

اذا تلفت العين المستأجرة فى يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لأنه عين قبضها ليستوفى منها ما ملكه ، فلم يضمنها بالقبض كالمرأة فى يد الزوج ، والنخلة التى اشترى ثمرتها ، وان تلفت بفعله نظرت فان كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل

مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل ، وان تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان ، لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه .

فصـــل وان اكترى ظهراً الى مكان فجاوز به المكان فهلك ـ نظرت ، فان لم يكن معه صاحبه ـ لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان ، الى أن تلف ، لأنه ضمنه باليد من حين جاوز ، فصار كالغاصب ، وان كان صاحبه معه ـ نظرت ، فان هلك بعد نزوله وتسليمه الى صاحبه ـ لم يضمن؛ لأنه ضمنه باليد ، فبرىء بالرد كالمغصوب اذا رده الى مالكه ، وان تلف فى حال السير والركوب ضمن ، لأنه هلك فى حال العدوان ، وفى قدر الضـــمان قولان .

(أحدهما) نصف قيمته ،لأنه تلف من مضمون وغير مضمون ، فـكان الضمان بينهما نصفين ، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه .

(والثانى) أنه تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ، وما قابل الزيادة يجب ، لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين فى الجلاد اذا ضرب رجلا فى القذف احدى وثمانين فمات ، وان تعادل اثنان ظهراً أستأجراه وارتدف معهما ثالث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يجب على المرتدف نصف القيمة ، لأنه هلك من مضـــمون وغير مضمون .

(والثانى) يجب عليه الثلث ، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم .

(والثالث) أنه يقسط على أوزانهم ، فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه .

فصـــل وان استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت ، فان كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان ، لأنه أمانة فى يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة ، وان كان لغير عذر ـ فان قلنا : لا يجب الرد قبل الطلب ـ لم يضمن كالوديعة قبل الطلب ، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب .

فصـــل وان تلفت العين التى استؤجر على العمل فيها ـ نظرت ، فان كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف فى الوقود ، أو ألزقه قبـــل وقته أو تركه فى النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان ، فلزمه الضمان . وان استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه ، لأنه يمكن تأديبـــه بغير

الضرب ، فاذا عـــدل الى الضرب كان ذلك تفــريطا منـــه فلـــزمه الضمان . وان كان التلف بغــير تفــريط ـ نظــرت ، فان كان العمــل فى ملك المستأجر بأن دعاه الى داره ليعمل له ، أو كان العمل فى دكان الأجير والمستأجر حاضر ، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه ـ لم يضمن ، لأن يد صــاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية . وان كان العمل فى يد الأجير من غير حضــور المستأجر ـ نظرت ، فان كان الأجير مشتركا ، وهو الذى يعمل له ولغيره ، كالقصار الذى يقصر لكل أحد والملاح الذى يحمل لكل أحد ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الضمان ، لما روى الشعبى عن انس رضى الله عنه قال : ((استحملنى رجل بضاعة فضاعت من بين متاعى . فضمننيها عمــر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه ، وعن خلاس بن عمرو أن علياً رضى الله عنه كان يضمن الأجير)) . وعن جعفر بن محمــد عن أبيه عن على كرم الله وجهه ((أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال : لا يصلح الناس الا ذلك)) .

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير . والثانى : لا ضمان عليه . وهو قول المزنى وهو الصحيح .

قال الربيع : كان الشافعى رحمه الله يذهب الى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتى لفساد الناس ، والدليل عليــه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب . وان كان الأجير منفرداً وهو الذى يعمل لغيره فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو كالأجير المشترك وهو المنصوص فان الشافعى رحمه الله قال : والأجراء كلهم سواء ، فيكون على قولين ، لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الضــمان قولا واحداً لأنه منفرد بالعمل فأشبه اذا كان عمله فى دار المستأجر .

فان قلنا : أنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ، ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى الى أن تلف ، لأنه ضمن بالتعدى فصار كالغاصب ، وان قلنا : انه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف كالغاصب . ومن أصحابنا من قال : يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير وليس بشىء .

فصـــل وان عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف ـ نظرت فان كان العمل فى ملك صاحبه أو بحضرته ـ وجبت له الاجرة لأنه تحت يده فكلما عمل شيئاً صار مسلما له ، وان كان فى يده الأجير ـ فان قلنا انه أمين ـ لم يستحق الأجرة لأنه لم يسلم العمل ، وان قلنا : انه ضامن استحق الأجرة لأنه يقــوم عليه معمولا فيصير بالتضمين مسلماً للعمل فاستحق الأجرة .

فصـــل وان دفع ثوباً الى خياط وقال ان كان يكفينى لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان ، لأنه اذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط

فضمنه . وإن قال : أيكفيني للقميص ؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن لأنه قطعه باذن مطلق) .

الشرح أثر خلاس بن عمرو وشاهده أثر جعفر بن محمد عن أبيه عن جده فقد رواه الشافعى قال : أخبرنا بذلك إبراهيم بن أبى يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ضمن الغسال والصباغ : وقال : لا يصلح الناس إلا بذلك .

قال الحافظ فى التلخيص : فروى البيهقى من طريق الشافعى عن على بسند ضعيف قال الشافعى : هذا لا يثبت أهل الحديث مثله ، ثم ساق رواية جعفر بن محمد ولم يعقب عليها وروى البيهقى أثر خلاس ابن عمرو « أن عليا كان يضمن الأجير » أما أثر عمر فى تضمين الأجير فقد أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه « أن عمر ضمن الصباغ » .

أما الأحكام فإن الدابة إذا لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلها ، وإن كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى لأنها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدى ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان .

(أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها .

(والثانى) تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقى ، ونحو هذا قول أبى حنيفة فإنه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته ، وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما إذا تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت فى يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبه معها ، لأن اليد

للراكب وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ، ولأن الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان . كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجراً فى سفينة موقرة فغرقت .

فأما إن تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر ، فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب . وإن تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط فى هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف فى يد عادية ولا بسبب عدوان .

واختلف أصحاب أحمد فى الضمان فظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الأثرم بإسناده عن أبى الزناد وقال : ربما اختلفوا فى الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً ، فكان الذى وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلمت فى ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وان تلفت فى تعديها ضمنها وأدى كراءها الذى تكاراها به . وهذا هو قول الشافعى والحكم وابن شبرمة وأحمد .

وقال القاضى من الحنابلة : إن كان المكترى نزل منها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب من الحنابلة أيضاً : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها .

ولنا أن ما قلنا عن الشافعى رضى الله عنه فى ضرب الدابة ونخسها مما مضى فى شرح هذه الفصول كاف فى توضيح المذهب .

وقال الشافعي أيضا فى اختلاف العراقيين : وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه الى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها إليه الكراء الذى تكاراها به ، وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع . وإذا عطبت لزمه للكراء الى الموضع الذى عطبت فيه وقيمتها . وهذا مكتوب فى كتاب الإجارات .

قال الشافعي رضى الله عنه : الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف فى أيديهم شيء من غير جنايتهم فلا يجوز أن يقال فيه إلا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامناً له يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجته أن يقول: الأمين هو من دفعت إليه راضيا بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ، واعطاؤه هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذى أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه . إما بتسلط على إتلافه كما يأخذ سلفا فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينفقه ويرد مثله . وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن ؛ لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه . وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والأجير من كان ليس فى هذا المعنى فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده . وليس فى هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الاجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحفظ والرعى وحمل المتاع والأجير على الشيء يصنعه لأن عمر إن كان ضمن الصناع فليس فى تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا فكل من كان أخذ أجراً فهو فى معناهم .

وإن كان على رضى الله عنه ضمن القصار والصائغ : فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجرة . وقد يقال الراعى صناعته الرعية ، وللحمال صناعته الحمل

للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولا من التضمين أو ترك التضمين . ومن ضمن الأجير بكل حال فكان مع الأجير ما قلت مثل أن يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء فى بيته أو غير بيته وهو حاضر لما له أو وكيل له بحفظه فتلف ماله بأى وجه ما تلف به إذا لم يجن عليه جان فلا ضمان على الصانع ولا على الأجير . وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه ، والضمان على الجانى . اهـ كلام الشافعى رضى الله عنه .

فرع إذا ترك الأجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه والأجير على ضربين : خاص ومشترك : فالخاص هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهراً سمى خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس ، والمشترك الذى يقع العقد منه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين ، أو على عمل فى مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب ، سمى مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين أو ثلاثة أو أكثر لاشتراكهم فى منفعته ، فالأجير المشترك ضامن لما جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضراً فى دكان الأجير وقت العمل كانت يده عليه فيكون كالأجير الخاص لم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله ، فكلما عمل شيئا صار مسلما إليه . وذهب مالك إلى ما ذهب اليه الأصحاب . وذهب أحمد الى أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه قياسا على الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون .

فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد . قال أحمد فى رواية مهنى فى رجل أمر غلامه أن يكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال : لا القصار مشترك . قيل : فرجل اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذى يحرث به ؟ قال : لا ضمان عليه .

قلت : وهذا ظاهر مذهب الشافعى ومذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابه ، وللشافعى قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، والقول الأول أظهر . قال الربيع : هذا مذهب الشافعى وإن لم يبح به . وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة وما تلف بتعدى الخباز الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل أوانه من حيث التخمر المطلوب عند خبزه أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، فإنه يضمن فى كل ذلك .

فــرع فى تضمين الأطباء .

إذا أجرى الطبيب تخديراً للمريض دون أن يختبر حساسيته للبنج فمات المريض ضمن الطبيب كما لو أعطاه حقنة بنسلين وكان جسمه لا يقبل البنسلين فمات ، وإنما يجرى الطبيب اختباراً ظاهرياً فوق الجلد فإذا احمر مكان الاختبار أو تورم علم أن المريض لا يقبل جسمه هذا الشىء ، وكذلك إذا أجرى الطبيب جراحة فى عين المريض ـ والمريض عنده ارتفاع فى ضغط الدم ففقد المريض عينه أو مات ضمن لأنه يجب على الطبيب ألا يقدم على الجراحة إلا إذا كان ضغط الدم معتدلا ، وبالجملة كل ما كان حاصلا بجناية التقصير والاهمال عليه الضمان ولا يضمن الطبيب الحاذق إذا لم تجن يده بمبالغة فى قطع ما ليس مطلوباً قطعه أو بنسيان آلات الجراحة فى باطن المريض ، كمن قطع يد السارق فبالغ حتى سرى القطع إلى ما ليس مطلوبا قطعه ضمن القاطع والله أعلم .

فــرع إذا دفع الى خياط ثوبا فقال : إن كان يقطع قميصا فاقطعه، فقال هو يقطع ، وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه . وإن قال : انظر هذا يكفينى قميصا ؟ قال : نعم . قال : اقطعه . فقطعه فلم يكفه لم يضمن ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : لا ضمان عليه فى المسألتين لأنه لو كان غره فى الأولى لكان قد غره فى الثانية . أفاده ابن قدامة فى المغنى .

دليلنا أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه . وفى

الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ؛ ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره، بل لعدم الإذن فى قطعه . لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية . والله أعلم بالصواب .

فـــــرع فى تضمين شركات التأمين ما يصيب الأموال من حرق وسرق وغرق سنت كثير من الدول عقوداً أجبرت عليها أصحاب السيارات والسـفن والطائرات بأن تؤمن بعقود تأمين على ما تحمله لنقله فهذه عقـــود إذعان لا خيار لأحد فى الامتناع عن توقيعها قد تقدم البحث فى التأمين بأنواعه فى كتاب الشركة ، وعن الشركات فى القراض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامى ، هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فمنهم من قال : هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل ، فعلى هذا لا يضمن الثياب اذا تلفت وله عوض السطل اذا تلف ومنهم من قال : هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل اذا هلك لأنه مستأجر ، وهل يضمـــن الحمامى الثياب ؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك .

فصــــل وان استأجر رجلا للحج فتطيب فى احرامه أو لبس ، وجبت الفدية على الأجير ، لأنه جناية لم يتناولها الاذن فوجب ضمانها ، كمـــا لو استأجره ليشترى له ثوباً فاشتراه ثم خرقه . وان أفسد الحج صار الاحرام عن نفسه ؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه فانعقد له كما لو وكله فى شراء عبـــد فاشترى أمة ــ فان كان العقد على حجة فى هذه السنة ــ انفسخ ، لأنه فات المعقود عليه ، وان كان على حج فى الذمة ثبت له الخيار ، لأنه تأخر حقــه ، فان استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شىء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية فى الحكم ، وان كان بعضها أبعد من بعض ، فاذا ترك بعضها الى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران .

وان أحرم دون الميقات لزمه دم ، لأنه ترك الاحرام من موضع يلزمه الاحرام منه ، فلزمه دم كما لو ترك ذلك فى حجه لنفسه ، فان استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم ، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه فى حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه .

وهل يلزمه أن يرد من الأجرة بقسطه ؟ قال فى القديم : يهرق دما وحجه

تام ، وقال فى الأم : يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك ، فمن أصحابنا من قال : يلزمه قولا واحداً ، والذى قاله فى القديم : ليس فيه نص أنه لا يجب ومنهم من قال : فيه قولان وهو الصحيح :

(أحدهما) لا يلزمه لأن النقص الذى لحق الاحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك .

(والثانى) أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة ، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذى أحرم منه .

فان استأجره ليحرم بالحج من الميقات ، فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه ، ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة ، لزمه الدم لترك الميقات ، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك ؟ على ما ذكرناه من الطريقين ، فان قلنا : يلزمه ففيه قولان ، قال فى الأم : يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة ، لأن الحج من الاحرام ، وما قبله ليس من الحج .

وقال فى الاملاء : يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة ، لأنه جعل الأجرة فى مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه ، ويخالف المسألة قبلها ، لأن هناك سافر للمستأجر ، وانما ترك الميقات .

وان استأجره للحج فحج عنه وترك الرمى أو المبيت ، لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الأجرة بقسطه ؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الاحرام من الميقات) .

الشرح لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء ، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ـ وهى الثقوب والفتحات التى يأتى منها الماء أو النور ـ ومجرى الماء . وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع إلى تنقية الكنف والبالوعة فعلى المكرى ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفريغها وهذا مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما .

وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأشبه مالو اكترى وهى ملأى .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب

الدار لأن عادة الناس ذلك . وإذا انقضت الإجارة وفى الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه . وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى .

قال الشمس الرملى : نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الأجرة فى مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه ما يغرف به الماء غير مضمون على الداخل ، وثيابه غير مضمونة على الحمامى إن لم يستحفظه عليها ويجيبه إلى ذلك ، ولا يجب بيان ما يستأجره له فى الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ، ومن ثم حمل العقد على المعهود فى مثلها من سكانها ، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد فى مثلها .

فرع إذا استأجر رجلا للحج فارتكب ما يوجب الفدية ، كمس الطيب ولبس المخيط فى الإحرام ، فعلى الأجير الفدية من ماله ، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج إليه فيلزمه الفدية فى ماله والمضى فى فاسده والقضاء، وهذا هو الذى قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعى . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء بل يبقى صحيحاً واقعا عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره ، وبهذا القول قال المزنى . ولكن المذهب الأول قال الشافعى رضى الله عنه : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط اهـ . فإن أحرم منه فقد فعل واجبا ، وإن أحرم قبله فقد زاد خيراً كما قال أبو حامد الاسفراينى وغيره .

أما إذا عدل الأجير عن الميقات المعتبر إلى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب إلى مكة فطريقان (أصحهما) وهو المنصوص فى الأم وبه قطع البندنيجى والجمهور أنه لا شىء عليه .

وحكى القاضى حسين والبغوى وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووى فى الحج أصحهما أنه لا شىء عليه لأنه قائم مقام الميقات المعتبر (والثانى) أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده . وهذا القول الثانى يعتبر الشرط فى تعيين المكان .

أما إذا اتفقا على تعيين موضع آخر فإن كان أقرب إلى مكة من الشرعى فالشرط فاسد يفسد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الأجير الاحرام منها وفاء بالشرط ، فإن جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان أصحهما كما هو منصوص : عليه الدم ، لأنه جاوز الميقات المشروط فأشبه مجاوزة الميقات الشرعى (والثانى) لا دم فان قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الأجرة .

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع ـ إذا قلنا : لا دم فيهما ـ لزمه رد شيء من الأجرة بقسطه بلا خلاف فإن لزمه بفعل محظور كاللبس والقلم والطيب لم يحط عنه شيء من الأجرة بلا خلاف . نقل الغزالى وغيره الاتفاق عليه .

فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمتثل وتارة يعدل ، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران ؟ وجهان (أصحهما) على المستأجر ، ولو شرطاه على الأجير فقد نص الشافعى على فساد الإجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم ، وبين الإجارة .

فإذا قلنا بالأصح إنه على الأجير ، فإن كان معسراً فعليه الصوم الأيام الثلاثة فى الحج . لأن الذى فى الحج منهما هو الأجير وعلى المستأجر الأجرة بكمالها . هـذا وقد أفرد الإمام النووى رضى الله عنه فى كتاب الحج من المجموع فصلا عن الأجير أوفى والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اختلاف المتكاريين

اذا اختلف المتكاريان فى مقدار المنفعة او قدر الأجرة ـ ولم تكن بينة ـ تحالفا لأنه عقد معاوضة ، فاشبه البيع ، واذا تحالفا كان الحكم فى فسخ الاجارة كالحكم فى البيع ، لان الاجارة كالبيع ، فكان حكمها فى الفسخ كالحكم فى البيع ، فان اختلفا فى التعدى فى العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر ، فالقول قول المستأجر ، لان الأصل عدم العدوان ، والبراءة من

الضمان ، فان اختلفا فى الرد فادعاه المستاجر وانكره المؤجر ، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه ، لأن المستاجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير وأن اختلف الأجير المشترك والمستاجر فى رد العين فادعى الأجير أنه ردها وانكر المستاجر فان قلنا : ان الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله فى الرد ، لانه ضامن ، فلم يقبل قوله فى الرد ، كالمستعير والغاصب .

وأن قلنا : انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله فى الرد ؟ فيه وجهان ، كالوكيل بجعل ، وقد مضى توجيههما فى الوكالة ، وان هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل ، وانه يستحق الأجرة وانكر المستاجر ، فالقول قول المستاجر ، لأن الأصل عدم العمل وعدم البدل .

(فصل) وان دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء ، ثم اختلفا فقال رب الثوب : أمرتك أن تقطعه قميصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص . وقال الخياط : بل أمرتنى أن أقطعه قباء فعليك الأجرة ، فقد حكى الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين قول ابن أبى ليلى أن القول قول الخياط وقول أبى حنيفة رحمة الله عليه ان القول قول رب الثوب ، ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول .

وقال فى كتاب الأجير والمستأجر : اذا دفع اليه ثوبا ليصبغه احمر فصبغه أخضر فقال : أمرتك أن تصبغه أحمر . فقال الصباغ : بل أمرتنى ان اصبغه أخضر أنهما يتحالفان .

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) أن القول قول الخياط ، لأنه مأذون له فى القطع فكان القول قوله فى صفته .

(والثانى) أن القول قول رب الثوب ، كما لو اختلفا فى اصل الاذن .

(والثالث) انهما يتحالفان وهو الصحيح ، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعى الأرش والخياط ينكره ، والخياط يدعى الأجرة وصاحب الثوب ينكره ، فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن.

ومن اصحابنا من قال : المسئلة على القولين المذكورين فى اختلاف العراقيين وهو قول أبى العباس وابى اسحاق وأبى على بن ابى هريرة والقاضى أبى حامد . ومن اصحابنا من قال : هى على قول واحد انهما يتحالفان ، وهو قول أبى حامد الاسفراييني لأن الشافعى رحمه الله ذكر القولين الأولين ، ثم قال : وكلاهما مدخول فان قلنا : ان القول قول الخياط فحلف لم يلزمه أرش النقص ، لأنه ثبت بيمينه انه مأذون له فيه ، وهل يستحق الأجرة ؟ فيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه لا يستحق الأجرة ، لان قوله قبل في سقوط الغرم لأنه منكر . فاما في الاجرة فانه مدع فلم يقبل قوله .

(والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة . ان له الأجرة لانا قبلنا قوله فى الاذن ، فعلى هذا هل يجب المسمى أو أجرة المثل ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب المسمى لانا قبلنا قوله انه آذن له فوجب ما اقتضاه (والثانى) يجب له أجرة المثل لانا اذا قبلنا قوله لم نامن ان يدعى الفا وأجرة مثله درهم .

(وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب فحلف لم تجب الأجرة لأنه فعل ما لم يؤذن فيه ، ويلزمه ارش القطع لأنه قطع ما لم يكن له قطعه . وفي قدر الأرش قولان :

(احدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا ، لأنا حكمنا أنه لم يؤذن له فى القطع فلزمه ارش القطع .

(والثانى) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصا وبين قيمته مقطوعا قباء ، لأنه قد أذن له فى القطع ، وانما حصلت المخالفة فى الزيادة فلزمه ارش الزيادة ، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شىء .

واذا قلنا : انهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الأجرة . لأن التحالف يوجب رفع العقد والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة . وهل يجب ارش القطع ؟ فيه قولان .

(احدهما) يجب لان كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئا كالمتبايعين .

(والثانى) انه يجب ارش النقص لأنا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف ، فاذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه ارشه . ومتى قلنا : انه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط ، لانه اخذ بدلها ، فأن قلنا : لا يستحق الأجرة فله ان ياخذ خيوطه ، لأنه عين ماله فكان له أن ياخذه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اختلف الرجلان فى الكراء وتصادقا فى العمل تحالفا ، وكان للعامل أجر مثله فيما عمل ، قال : وإذا اختلفا فى الصفة فقال : أمرتك أن تصبغه أصفر أو تخيط قميصا فخطته قباء . وقال الصانع : عملت ما قلت لى ، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا أجر له ، وإن زاد الصبغ فيه كان شريكا بما زاد الصبغ فى الثوب ، وإن نقصت منه فلا ضمان عليه ولا أجر له .

وقال الربيع : الذى يأخذ به الشافعى فى هذا أن القول قول رب الثوب وعلى الصانع ما نقص الثوب ، وإن كان نقصه شيئاً لأنه مقر بأخذ الثوب صحيحا ومدع على أنه أمره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البينة بما قال ؛ فإن لم يكن بينة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة ، وإن كانت زادت الصنعة فيه شيئا كان الصانع شريكا بها إن كانت عيناً قائمة فيه مثل الصبغ ، ولا يأخذ من الأجرة شيئاً ؛ فإن لم تكن عين قائمة فلا شىء له .

وقال فى اختلاف العراقيين : وإذا اختلف الأجير والمستأجر فى الأجرة ، فإن أبا حنيفة كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا يأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : القول قول الأجير فيما بينه وبين أجرة مثله ، إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا فى قول أبى حنيفة ، وينبغى كذلك فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شيئاً متقاربا قبلت قول المستأجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وجعلت للعامل أجر مثله إذا حلف .

فلو أعطاه ثوبا ليخيطه بعد قطعه فخاطه قباء وقال : أمرتنى بقطعه قباء ، فقال : بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، لأنه منكر إذنه له فى قطعه قباء ، إذ هو المصدق فى أصل الإذن فكذا فى صفته .

والقول الثانى : يتحالفان ، وانتصر الاسنوى له نقلا ومعنى ، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا ، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله ، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملى ، ونقل عن الاسنوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لأنه بائع المنفعة .

قال النووى : ولا أجرة عليه — يعنى المؤجر — بعد حلفه ؛ وعلى الخياط أرش النقص لما ثبت من عدم الإذن ، والأصل الضمان ، وهو ما بين قيمته مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء كما رجحه السبكى . ولأن أصل القطع مأذون فيه ، وإن رجح الإسنوى كابن أبى عصرون . وجزم به القونوى والبارزى وغيرهما من شراح الحاوى وغيره أنه ما بين قيمته سليما ومقطوعا لانتفاء

الإذن من أصله ولا يقدح في ترجيح الأول وعدم الأجـرة له ، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان ، وللخياط نزع خيطه ، وعليه أرش نقص النزع إن حصل، كما قال الماوردى والرويانى فى البحر ، وله منع المالك من شد خيط فيه بجره مكانه . هكذا أفاده الشمس الرملى فى النهاية .

ويمكننا أن نستخلص مما مضى من أقاويل أنهما إذا اختلفا فى قدر الأجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار ، قال بل بدينارين تحالفا ، ويبدأ بيمين الآجر ، وهو قول الشافعى وأحمد ، لأن الإجارة نوع من البيع ، فإذا تحالفا قبـل مضى شىء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى . ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه . وهذا قول أحمد وأصحابه . وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمـل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر والقول قول المنكر .

فإذا عرفنا أن الإجارة نوع من المبيع عرفنا أنهما يتحالفان عند اختلافهما فى العوض كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبى حنيفة وإليك التفصيل .

فـــرع فى بقية مذاهب العلماء فى اختلاف المتكاريين

إذا اختلفا فى الأجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار قال : بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر هذا مذهبنا وهو المنصوص عليه عند أحمد ، لأن الإجارة نوع من البيع فإذا تحالفا قبل مضى شىء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد . وإن فسخا العقد بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا فى البيع بعد تلفه ، وهذا قول أحمد ، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وإن كان علم فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال أبو ثور : القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر ، والقول قـول المنكر .

ولنا أن الإجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها كالبيع .

وقال ابن أبى موسى : القول قول المالك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا فى المدة وأما إذا اختلفا فى العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها ، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة (والثانى) يجوز لأن عمله ملكه ، فجاز له حبسه على العوض كالبيع فى يد البائع .

فصل وان دفع ثوباً الى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه :

(أحدها) أنه تلزمه الأجرة ، وهو قول المزنى رحمه الله لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته .

(والثانى) أنه ان قال له خطه ، لزمه وان بدأ الرجل فقال : أعطنى لأخيطه لم تلزمه ، وهو قول أبى اسحاق لأنه اذا أمره فقد ألزمه بالأمر ، والعمل لا يلزم من غير أجرة فلزمته ، واذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم .

(والثالث) أنه اذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، واذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه وهو قول أبى العباس لأنه اذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف فى حقه كالشرط ، وان لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضى الأجرة من جهة الشرط ، ولا من جهة العرف .

(والرابع) وهو المذهب أنه لا يلزمه بحال بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض كما لو بذل طعامه لمن أكله ، وأن نزل رجل فى سفينة ملاح بغير اذنه فحمله فيها الى بلد لزمه الأجرة ، لأنه استهلك منفعة موضعه من

السفينة من غير اذن فلزمه أجرتها ، وأن نزل فيها عن اذنه ولم يذكر الأجـرة فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة فى الخياطة وبالله التوفيق) .

الشرح إذا اختلفا فى المدة فقال أجرتكها سـنة بدينار قال : بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره .

فـرع إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصـبين لذلك ففعلا ذلك ففيـه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح لا أجر لهما لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله .

(والثانى) وبه قال أحمد وأصحابه وأصحاب أبى حنيفة : لهما أجـر مثلهما ، لأن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما أو جلس فى سفينة مع ملاح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض وقال أحمد : إذا لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد .

فـــرع فيما يجب على رب المال نحـو عامله مما أرسـاه شرعنا الحنيف أن الخادم ورب العمل أخوان (فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل) وهذا هو التقريب بين الفئات حتى لا تحقد فئة على أخرى ولا تستعلى طبقة على غيرها فينشأ صراع مهلك يأتى على الأخضر واليابس كما حدث فى أمم فشت فيهم فاشية طغيان الطبقة الدنيا فجرت الدماء أنهاراً « وهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً » والنبى صلى الله عليه وسلم حذر من مغبة الشح الحاصل من حرص الأغنياء على الاكتنـاز « اتقوا الشح فإنه أهلك من كان قبلكم حملهم على أن اغتصبوا أموالهم فسفكوا دماءهم فهلكوا » وبقية الحديث الأول (وليلبسه مما يلبس ، ولا

تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم) ويمكن استنباط تحديد ساعات العمل فى المصانع والمعامل والمزارع بالنهى عن تكليفهم ما يشق عليهم سواء بطول زمن العمل أو بقصره مع ثقله وإرهاقه للعامل ، وإعانته بالأجر عن القدر الزائد على العقد أو على العرف .

فـــرع فيما يجب على العامل نحو صاحب العمل .

إن العامل إذا نصح لمن نصبه للعمل ووكل إليه أموره وأعطى له حقه فسوف يعطى أجره مرتين مرة فى إيتائه حق الله تعالى ومرة فى إيتائه حق صاحب العمل والله يضاعف لمن يشاء .

والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه

إنتهى الجزء الخامس عشر

ويليه الجزء السادس عشر

وأوله « باب الجعالة »

فهارس الجـــزء الخامس عشر

من المجموع شرح المهذب

اولا ـ الآيات القرآنية

الآية ـ ورقمها	الصفحة
وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ـ آية ٩١ : النحل ..	١٣٤
وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس ـ آية ٧ : النحل	٢٧٢
وتعاونوا على البر والتقوى ـ آية ٢ : المائدة ..	٣ـ٥ـ٢٦ـ٣٩ـ٤٠
وجزاء سيئة سيئة مثلها ـ آية ٤٠ : الشورى ..	٤
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ آية ٢٣٣ : البقرة	٢٧٧
وعلى الوارث مثل ذلك ـ آية ٢٣٣ : البقرة	٢٧٧
ولا تكسب كل نفس الا عليها ـ آية ١٦٤ : الانعام	٣٦
وليضربن بخمرهن على جيوبهن ـ آية ٣١ : النور	١٧
ويمنعون الماعون ـ آية ٧ : الماعون	٣٩ـ٤٣
يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ـ آية ١ : المائدة	٢٩٠
يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج ـ آية ١٨٨ : البقرة	٢٦١

ثانياً ــ الأحاديث والآثار والأخبار

((حرف الألف))

((حرف البـاء))

« حرف التـاء »

« حرف الثـاء »

« حرف الجيم »

((حرف الحـاء))

لم يسر مثله فقال بعنيه فقلت لا ثم قال بعنيه فبعته واستثنيت حملانه الى أهلي ٣٠٢

سافرت مع رسول الله ﷺ فاشترى منى بعيرا وحملني عليه الى المدينة وكان يسوقه وأنا راكبه وانه ليضربه بالعصا ٣٠١

روى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعا يوم حنين فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ٣٩–٤٥

روى صفوان ان النبي ﷺ استعار منه أدرعا غزاة حنين ٣٩

ان أصحاب المزارع فى زمن النبي ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما صعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله ﷺ فاختصموا فى بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك وقال اكروا بالذهب والفضة .. ٢٤١

((حرف الخاء))

كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فنصيب من القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبي ﷺ « من كان له أرض فليزرعها وليحرثها أخاه والا فليدعها ٢٢٣–٢٢٤

من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله ٢٤٥

ان النبي ﷺ جاءته امراة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال ﷺ هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندى الا ازارى هذه فقال النبي ﷺ ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له النبي هل معك من القرآن شيء ؟ فقال نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها فقال النبي قد زوجتكها بما معك من القرآن ٢٦٣

المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله ، كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ، التقوى ههنا ، بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم .. ٥

ان النبي ﷺ نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه ٣٠٣

« حرف الدال »

((حرف الراء))

((حرف الزاى))

((حرف السين))

منها لسيد الأرض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ٢٤٠

قالت الأنصار للنبي ﷺ : أقسم بيننا وبين اخواننا المهاجرين ـ النخل قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمل ونشركم في الثمرة ، فقالوا : سمعنا واطعنا ١٥٨ـ٢٢٠

انه ﷺ ضارب لخديجة أم المؤمنين رضي الله عنها قبل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنه اذا ذاك خمس وعشرون سنة بمالها الى بصرى الشام وانفذت معه عبدها ميسرة ، وهو قبل النبوة ١٣٩

جاءت امراة الى رسول الله ﷺ فعرضت نفسها عليه فقال لها أجلسي بارك الله فيك أما نحن فلا حاجة لنا فيك ولكن تمكيننا امرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله في وجوه القوم فدعا رجلا منهم فقال لها اني أريد أن ازوجك هذا ان رضيت فقالت ما رضيت لى يا رسول الله به قال ما تحفظ من القرآن ؟ قال سورة البقرة والتى يليها قال قم فعلمها عشرين آية وهى امراتك ٢٧٥

ان النبي ﷺ جاءته امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لله فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال ﷺ هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندى الا ازارى هذه فقال النبي ﷺ ان اعطيتها ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له النبي : هل معك من القرآن شيء ؟ فقال نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها فقال النبي قد زوجتكها بما معك من القرآن ٢٦٣

((حرف الشين))

ان النبي ﷺ عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا ١٥٨ـ٢٢٠

ان رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية دروعاً فهلك بعضها فقال رسول الله ﷺ ان شئت غرمناها لك قال : لا يا رسول الله ٥٢

((حرف الصاد))

((حرف الضـاد))

ادرعا يوم حنين فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ٣٩ــ٤٥

ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر خرجا فى جيش الى العراق فتسلفا من أبى موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به الى المدينة ، فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ راس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال قد جعلته قراضا واخذ منهما نصف الربح ١٤٩ــ١٥٠

روى زيد بن اسلم عن أبيه ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو أقدر لكما على أمر انفعكما لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله اريد ان ابعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ، ثم تبيعانه فى المدينة ، وتوفران راس المال الى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل فكتب الى عمر ان يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما اسلفكما ؟ فقالا : لا ، فقال عمر ابنا أمير المؤمنين فاسلفكما . اديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه ، فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا ، فأخذ رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال ١٣٨

((حرف الطاء))

نهى النبى ﷺ عن امر كان لكم نافعا وطاعة رسول الله خير لكم نهاكم عن الحقل ٢٤١ــ٢٤٢

كان احدنا اذا استغنى عن أرض أو افتقر اليه اعطاها بالنصف والثلث والربع ويشترط ثلاثة جداول والقصارة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديدا أو يصيب منها منفعة فأتانا رافع بن خديج فقال نهى

((حرف الظــاء))

((حرف العين))

((حرف الغين))

((حرف الفاء))

((حرف القاف))

« حرف الكاف »

((حرف اللام))

((حرف الميم))

« حرف النون »

« حرف الواو »

((حرف الياء))

ثالثاً ــ الأشعار الاستشهادية

أجارتنا بيني فانك طالقه

وموموقة ما كنت فينا ووامقه

الأعشى ٨٤

أخليفة الرحمن انا معشر

حنفاء نسجد بكرة واصيلا

عرب نرى لله في اموالنا

حق الزكاة منزلا تنزيلا

قوم على الاسلام لما يمنعوا

ماعونهم ويضيعوا التهليلا

الراعي ٤١

بغاث الطير اكثرها فراخاً

وام الصقر مقلاف نزور

كثير ٢١

بأجود منه بماعونة

اذا ما سماؤهم لم تغم

الأعشى ٤٠

بارزة الفقارة لم يخنها

قطاف في الركاب ولا خلاء

زهير ٢٧٠

فادركهـــــا ثانياً مـــن عنـــانة

يمـــــــــركم الرائـــح المتحلب

علقمة ٣٠٣

فللساق الهـوب والســـوط درة

وللزجر منه وقع اهـــوج متعب

امرىء القيس ٣٠٣

فتغـل لـكم مالا تغـــل لامثـالها

قري بالعـراق مـــن قفـيز ودرهم

زهير بن أبى سلمى ٤٨

كوفيـــة نـــازح محلتهـــــــــا

لا أمم دارهـــــــــا ولا صقب

١٤

واني لتعـــروني لذكـــراك هـــزة

كما انتفض العصـــــفور بلله القطر

٣٨

ومســــتخبر عن سر ليلى تركتـه

بعميـــــاء من ليـــلى بغير يقـــين

يقــــولون خــبرنا فانت امينهـــا

وما انا ان خبرتهـــــم بأمـــين

١١

رابعاً ـ الأعـــلام

((حرف الألف))

((حرف البـاء))

((حرف التاء))

((حرف الثاء))

((حرف الجيم))

((حرف الحاء))

((حرف الخـاء))

((حرف الدال))

« حرف الذال »

« حرف الراء »

« حرف الزاى »

« حرف السين »

« حرف الشين »

((حرف الصاد))

((حرف الضاد))

((حرف الطاء))

((حرف العين))

((حرف الغين))

((حرف الفاء))

((حرف القاف))

((حرف الكاف))

((حرف اللام))

«حرف الميم»

« حرف النون »

((حرف الهـاء))

((حرف الواو))

((حرف اليـاء))

خامساً ـ الأحـــكام

كتاب العارية

الصفحة — الأحكام

٢٥١ كتاب الاجارة

الصفحة — الأحكام

الصفحة	الأحكام

الصفحة	الأحكام

انتهى الجزء الخامس عشر

الخطا المطبعى وتصويبه

الخطا	الصواب	الصفحة	السطر
عمر	عمرو	١٠	١
الجدرى	الجدوى	١١	١٧
وفى انجلترا و امريكا بنس	وفى انجلترا بنس وأمريكا سنت	١٥١	١٦
ابين	ابن	٢٥٢	١٢

تنبيـــــه

طبقاً للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لا يعاد طبع هذا الكتاب او جـزء من اجزائه الا باذن مؤلفه ومحقق اصله سـواء منها المحقق والمؤلف أو باذن من ورثته من بعده ومن اقدم على ذلك فسوف نقدمه للقضاء العادل فان عجزنا عن ذلك لخبث الفاعل ومكره السيء (ولا يحيق المكر السيء الا باهله) فسوف نخاصمه اذا تساوت الاقدام بين يدى الله ويصلم كل امرىء ما قدمت يداه ونأخذ حقنا عند احكم الحاكمين ؟ ..

كتبه الفقير : محمد نجيب المطيعى
عضو اتحاد الكتاب ب ج٠م٠ع
تليفون : ٨٢٠٩٩١ ، ٨٣٣٧٩٢

مكتبة الإرشاد
جدة - المملكة العربية السعودية